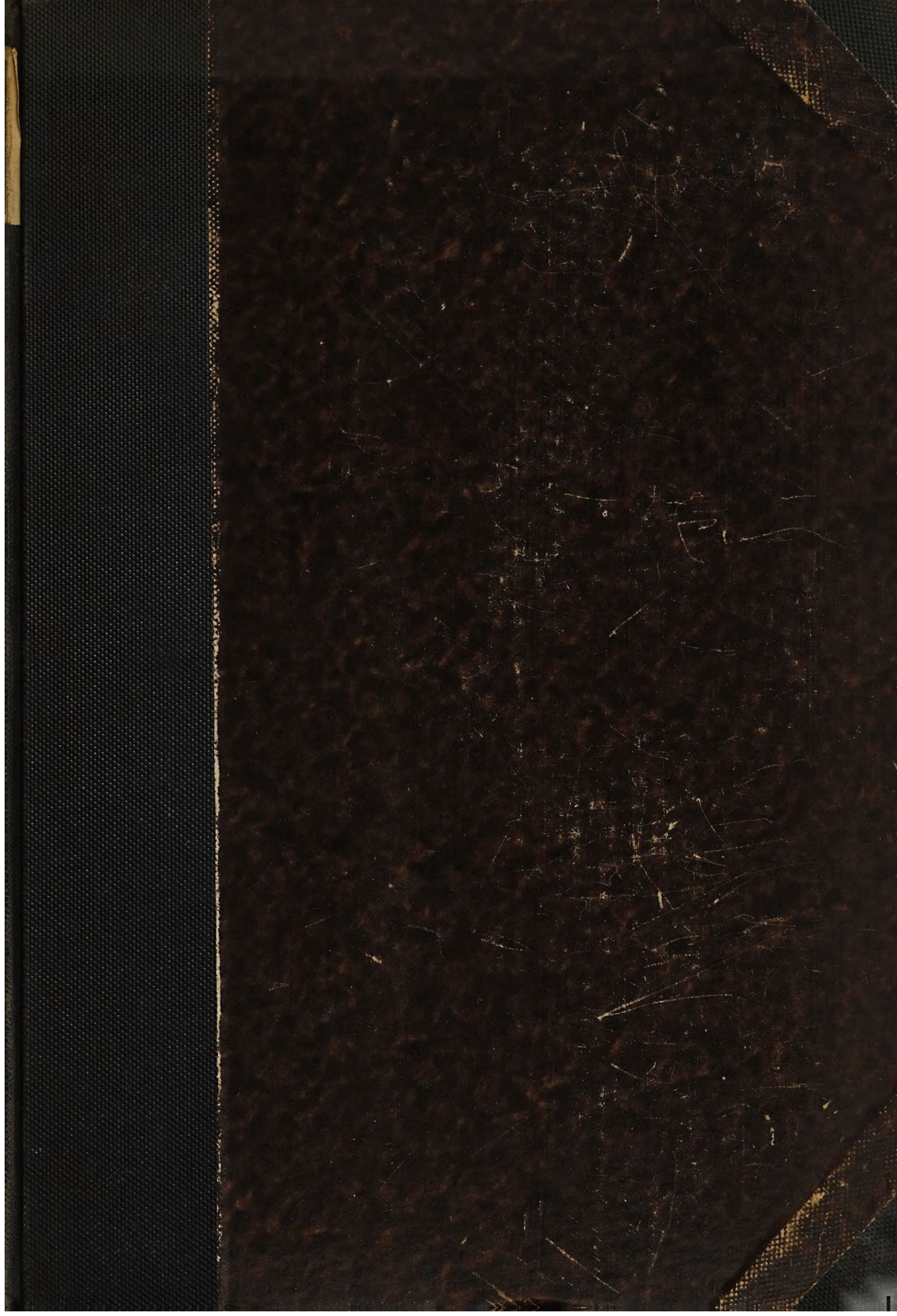




Crim.

177st

Meyer

579



Kritische und vergleichende Darstellung
der
Strafverfolgung und Voruntersuchung

nach den kantonalen
Gerichtsorganisationen und Strafprozessordnungen.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde der h. staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich vorgelegt von

Carl Meyer

von Krummenau (St. Gallen).

Genehmigt auf Antrag von Prof. Dr. Zürcher in Zürich.

Herisau.

Druck von Schläpfer & Cie. (M. Schläpfers Nachfolger).

1897.



Der
Rechtsvereinheitlichung
gewidmet.





Inhaltsverzeichnis.

	Seite
Vorwort	VII—IX
Uebersicht der Quellen	XI—XV

I. Teil.

Die Subjekte der Strafverfolgung und Grundlagen derselben.

§ 1. Einleitung	3—4
§ 2. Die historische Entwicklung der Strafverfolgung und ihrer Organe	4—11

I. Kapitel: Das Offizialprinzip und seine Ausnahmen.

§ 3. Die Offizialverfolgung	12—13
A. Die Beteiligung des Privaten als Hauptpartei:	
§ 4. Die Privatstrafklage	14—20
B. Die Beteiligung des Privaten als Nebenpartei:	
§ 5. Die Beteiligung des Verletzten oder Geschädigten . . .	21—28
§ 6. Die Beteiligung des Popularklägers	28—32
§ 7. Anhang. Bedingtes Offizialprinzip	32—35

II. Kapitel: Die Untersuchungs-„Gerichte“.

§ 8. Einleitung	35—40
§ 9. Ein- oder Mehrgliedrigkeit der Untersuchung	40—47
§ 10. Gerichtliche oder gerichtspolizeiliche Untersuchung . . .	47—56
§ 11. Die Untersuchungs-„Gerichte“ der Kantone mit bloss in- quisitorischer Beweiserbringung	57—60
§ 12. Die Untersuchungsgerichte der Kantone mit inquisitorischer und accusatorischer Beweiserbringung	60—62
§ 13. Die Untersuchungsgerichte der Kantone mit vorwiegend accusatorischer Beweiserbringung	62—65
§ 14. Die Untersuchungsämter insbesondere, ihre Zuständigkeit	65—69

III. Kapitel: Die Staatsanwaltschaft.

§ 15. A. Im Allgemeinen	69—70
§ 16. B. Ihr Anteil an den Ermittlungen vor Einleitung der Unter- suchung	71—72
§ 17. C. Ihre Stellung in der eigentlichen Untersuchung . . .	72—77

IV. Kapitel: Die gerichtliche Polizei, insbesondere ihre Organisation.

§ 18. Die Aufgabe der gerichtlichen Polizei nach den kantonalen Gesetzen	77—80
§ 19. Die Organisation der gerichtlichen Polizei	80—84

II. Teil.

Das Verfahren.

I. Kapitel: Der Anstoss zur Verbrechensverfolgung.

	Seite
Einleitung	87
§ 20. Die Anzeige oder Denunziation	88—93
§ 21. Die Klage	94—96
§ 22. Klageform und Rückzug der Klage	96—100
§ 23. Die Haftung des Klägers	100—102
§ 24. Die sog. amtliche Klage des Kantons Uri	103—105
§ 25. Eigentliche Offizialanhebung	105—108

II. Kapitel: Beginn der Untersuchung im allgemeinen, das Ermittlungsverfahren insbesondere.

§ 26. Beginn des Ermittlungsverfahrens	109—112
§ 27. Zweck und Umfang des Ermittlungsverfahrens	113—116
§ 28. Schluss des Ermittlungsverfahrens	116—119

III. Kapitel: Die Untersuchung insbesondere.

§ 29. Begriff und Zweck der Untersuchung	119—126
§ 30. Oeffentlichkeit der Untersuchung	126—130
§ 31. Voraussetzungen und Notwendigkeit der Untersuchung	130—132
§ 32. Wirkung der Einleitung der Untersuchung	132—134

IV. Kapitel: Die Stellung des Angeschuldigten in der Untersuchung.

Einleitung	135	136
----------------------	-----	-----

I. Pflichten des Angeschuldigten.

§ 33. Pflicht vor Gericht zu erscheinen und Zwang zur Sicherheitsleistung insbesondere	136—139
--	---------

II. Der Verhaft insbesondere.

§ 34. A. Der Kollusionsverhaft	139—141
§ 35. B. Der Sicherheitsverhaft	141—145
§ 36. Beginn des Sicherheitsverhaftes und Behandlung während desselben	145—152
§ 37. Ersatz der Haft, insbesondere die Kautions	152—157
§ 38. Die Pflicht des Angeschuldigten zur Aussage	157—165

III. Rechte des Angeschuldigten.

§ 39. Der Anspruch auf rechtliches Gehör	165—171
§ 40. Das Recht auf Verbeiständung und Verteidigung	171—176
§ 41. Rechte und Aufgaben der Verteidigung	176—180
§ 42. Das Recht des Angeschuldigten auf Entschädigung für unverschuldete Haft	180—187

V. Kapitel: Schluss der Untersuchung.

§ 43. Die Art des Schlusses	187—191
§ 44. Bedeutung der Einstellung des Verfahrens	191—192
Schlussbetrachtungen	193—196



Vorwort.

Veranlassung zu nachstehender Arbeit war das Preisausschreiben des schweizerischen Juristenvereins für das Jahr 1896. Ihm verdankt sie auch ihren Titel, der keineswegs zutreffend ist, da es unmöglich war, das zu halten, was er versprach. Denn, wie auch die Preiskommission übereinstimmend anerkannte, war das in diesem Titel enthaltene Pensum viel zu umfangreich, als dass es im Rahmen von 6 Druckbogen und in der Frist von bloss einem halben Jahr hätte gründlich bearbeitet werden können. Durch das zu gross bemessene Pensum musste die Arbeit notwendig weit über den Rahmen einer blossen Monographie hinauswachsen, ohne aber, bei der Kürze der Zeit, mit all der Gründlichkeit und Gewissenhaftigkeit ausgearbeitet werden zu können, wie es eine streng exakte Darstellung verlangt hätte. Die Entstehungsgeschichte der Arbeit wird es somit entschuldigen, wenn mancherorts nicht in die Tiefe gegangen werden konnte, wenn an anderer Stelle Fragen nur oberflächlich gestreift wurden, bei denen ein tieferes Eingehen nötig oder doch erwünscht gewesen wäre. Gewiss wird vor dem näher und strenger prüfenden Auge dieses und jenes in meiner Darstellung nicht Stand halten. Aber gerade wenn dieselbe zu Widersprüchen herausfordert, wenn sie zu spezieller Nachprüfung einzelner Punkte veranlasst, wird sie ihrem Hauptzwecke dienen, nämlich dem, einen kleinen Ueberblick zu geben über das in der Strafverfolgung geltende nationale Recht, den Pfad einigermaßen zu ebnen und anzuregen zu einer weiteren Bearbeitung dieses noch fast völlig brach liegenden Gebietes unseres Rechtes.

Was die Arbeit im Speziellen anbelangt, so glaubte ich eine Teilung derselben in zwei Hauptabschnitte vornehmen zu müssen, indem ich zunächst die Subjekte und die Hauptprinzipien der Strafverfolgung erörterte, um im zweiten Teil in rascher Durchführung — ungehemmt von der Erörterung organisatorischer Fragen — den Gang des Verfahrens zu entwickeln. Die Vorteile schienen mir derartige, dass ich glaubte, die dadurch notwendig bedingte etwelche Zweispurigkeit verantworten zu können.

Eines musste aber sofort klar sein, nämlich das, dass der Aufgabenkreis absolut viel enger gezogen werden müsse, als ihn das blosse Thema der Arbeit erwarten liess. Es mussten alle diejenigen Punkte unberücksichtigt bleiben, die, obwohl doktrinär von bedeutendem Interesse, doch nicht dem Untersuchungsverfahren als solchem ein charakteristisches Gepräge gaben. Denn als Hauptzweck der Arbeit betrachte ich die Darstellung des Verfahrens, der Art und Weise, wie in den verschiedenen Kantonen gegen einen Schuldverdächtigen vorgegangen wird, und die Untersuchung, welche Rechte und Pflichten demselben eingeräumt seien.

Ausser Acht liess ich zunächst das Verfahren in Polizeistraffällen; es wäre absolut unmöglich gewesen, das summarische Polizeiverfahren im Rahmen dieser Arbeit zu behandeln. Ferner musste ich eine einlässliche Darstellung der Gerichtsorganisationen bei Seite lassen und mich begnügen, dasjenige zu erörtern, was zum Verständnis des Verfahrens absolut notwendig war. Endlich glaubte ich, im Gange des Untersuchungsverfahrens alles dasjenige übergehen zu müssen, aus dem nicht charakteristische Merkmale für die Stellung des Angeschuldigten oder für die Eigentümlichkeiten des Verfahrens herausgefunden werden konnten.

Vermögen mich auch die erhaltene Auszeichnung, wie die erteilten Lobsprüche, nicht im mindesten hinwegzutäuschen über die Mängel der Arbeit, so glaube ich doch hoffen zu dürfen, dass auch die weitere Kritik, bei richtiger Würdigung aller Schwierigkeiten, denen die Arbeit begegnete, derselben eine billige Würdigung und Anerkennung nicht versagen werde. Vor allem glaube ich doch das Ziel, das ich mir stellte, nämlich die

Beleuchtung des in den Kantonen geltenden Strafprozessrechtes, namentlich im Hinblick auf ein zu erlassendes gemeinschweizerisches Strafprozessgesetz, erreicht und damit nach meinen bescheidenen Kräften mit für die Rechtsvereinheitlichung, der ich meine Arbeit mit Freuden widme, gearbeitet zu haben.

Nachstehend eine Uebersicht der benutzten Quellen und der beständig benutzten Litteratur. Aus naheliegenden Gründen bildeten erstere für mich das ausschlaggebende Material; darf doch die Arbeit im vollen Umfang den Titel der Originalarbeit beanspruchen. Es mag dabei betont werden, dass die Quellen in vielen Kantonen äusserst lückenhaft sind. Uri, Baselland und Schaffhausen besitzen eine nur ganz fragmentarische Gesetzgebung in Strafprozesssachen und aus Appenzell I. Rh. wurde mir der lakonische Bericht: „dass wir hierorts weder ein Strafgesetz noch eine Strafprozessordnung noch irgendwelche Polizeiverordnung besitzen“. Endlich muss hier ein für allemal hervorgehoben werden, *dass in den meisten Kantonen mit antiquirten Gesetzen das in praxi gehandhabte Verfahren keineswegs dem in der Gesetzgebung niedergelegten entspricht*. Es sei dies bemerkt, um allfälligen Vorwürfen, das von einzelnen Kantonen entworfene Bild entspreche nicht den Tatsachen, zu begegnen; ich verweise diesbezüglich auf den Titel der Arbeit, der ausdrücklich sagt: „nach den kantonalen Gerichtsorganisationen und Strafprozessordnungen“.

Von einer Generalrevue über alle anlässlich meiner Arbeit einmal aufgeschlagenen Bücher unter dem Paradetitel „Benutzte Litteratur“, glaube ich füglich Umgang nehmen zu dürfen. Die vorübergehend benutzte Litteratur findet sich in den Fussnoten genügend zitirt. Hier vorne sollen nur diejenigen Werke aufgeführt werden, die mir mehr oder weniger immer begleitend waren und beständig Rat und Auskunft erteilten. Es seien dieselben auch ein für allemal zitirt, ohne dass bei jeder Gelegenheit wieder besonders auf sie verwiesen wird. Dem Kenner dieser Autoren wird der Einfluss, den dieselben auf mich ausübten, nicht entgehen.

Trogen, im März 1897.

Der Verfasser.



Uebersicht der Quellen.

a) Bundes-, kantonale und ausländische Gesetzgebung.

- Bund:* Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893.
Bundesgesetz über die Bundesanwaltschaft vom 28. Juni 1889.
Bundesgesetz über die Bundesstrafrechtspflege vom 27. August 1851.
Militär-Strafgerichtsordnung vom 28. Juni 1889.
Kommentar Kocher: Strafgerichtsorganisation und Strafprozess der Schweiz, Zürich 1894.
- Zürich:* *Gesetz betreffend die zürcherische Rechtspflege* vom 2. Dezember 1874, nebst Abänderungen vom 13. Juni 1880 und 5. Mai 1889.
Kommentar hiezu von E. Sträuli, Winterthur 1882.
Supplementband von H. Sträuli, Winterthur 1896.
- Bern:* Gesetz über die Organisation der Gerichtsbehörden vom 31. Juli 1847, mit Abänderungen vom 11. Dezember 1852.
Gesetzbuch über das Verfahren in Strafsachen vom 29. Juni 1854, mit Abänderungen vom 2. Mai 1880.
Kommentar Kocher: Strafgerichtsorganisation und -Prozessgesetzgebung des Kantons Bern, Bern 1894.
- Luzern:* Organisationsgesetz (V. Titel) vom 7. Juni 1866.
Gesetz über das Strafrechtsverfahren vom 7. Juni 1865.
Gesetz über Vereinfachung des Staatshaushaltes vom 29. November 1894. Zitirt V. St.
Kommentar von Pfyffer: Das Strafrechtsverfahren des Kantons Luzern etc., Luzern 1866.
- Uri:* Reglement für die Justizbehörden des Kantons Uri vom 12. März 1886, mit Anhang: *Besondere Grundsätze über das Strafrechtsverfahren*, abgeändert 10. April 1890. Zitirt J. R.
Gesetz über die Personenfreiheit im Kanton Uri vom 4. Mai 1851. Zitirt P. F.
Instruktion für den Staatsanwalt vom 28. Oktober 1850. Zitirt St. A.
Dekret betreffend Besoldung und Amtsführung der Staatsanwaltschaft und des Verhörantes vom 20. September 1890. Zitirt B. A.
Reglement für den Landrat des Kantons Uri vom 17. Juni 1889.
Gesetz betreffend die amtliche Klage vom 6. Mai 1894.
- Schwyz:* *Verordnung über das Verfahren in Strafrechtsfällen* vom 18. Mai 1848.
Verordnung über Behandlung und Bestrafung der Paternitätsfälle vom 19. Dezember 1862.

- Verordnung über Verhängung von Geldbussen bei Uebertretungen vom 13. März 1857.
- Beschluss betreffend Vollziehung der korrekzionellen Strafurteile und die Behandlung von Geldbussen vom 2. Dezember 1881, mit Abänderungen vom 6. Februar 1890.
- Obwalden*: Gesetz über das Strafrechtsverfahren vom 16. März 1869.
- Geschäftsordnung für die Strafgerichte vom 11. März 1869.
- Verordnung über das Polizeiwesen vom 6. November 1890. Zitirt V. P.
- Nidwalden*: Strafprozessordnung vom 29. April 1885.
- Gesetz betreffend Begnadigung für kriminell Bestrafte und Amnestie-Erteilung vom 28. August 1878.
- Vollzugsverordnung vom 16. Februar 1880.
- Geschäftskreis des Polizeidirektors vom 30. Januar 1878. Zitirt G. P.
- Reglement für die Polizeidiener vom 19. November 1883. Zitirt R. P.
- Glarus*: Strafprozessordnung von 1887.
- Zug*: Uebergangsbestimmungen betr. die Rechtspflege vom 24. Juni 1874.
- Strafprozessordnung für den Kanton Zug, Entwurf*, Mai 1889.
- Freiburg*: Gesetz über die Rechtspflege und die Zuständigkeit der Gerichtsbehörden in Strafsachen vom 29. Mai 1869.
- Strafprozessordnung* vom Februar und Mai 1873.
- Solothurn*: Strafprozessordnung vom 28. August 1885.
- Baselstadt*: Gesetz betreffend Wahl und Organisation der Gerichte und der richterlichen Beamten vom 27. Juni 1895. Zitirt O. G.
- Strafprozessordnung* vom 5. Mai 1862. Zitirt P.
- Verfahren vor Polizeigericht vom 8. Februar 1875. Zitirt V. P.
- Gesetz betreffend die Einleitung des Strafverfahrens* vom 14. November 1881. Zitirt E. G.
- Gesetz betreffend die Entschädigung für unverschuldete Haft vom 9. Dezember 1889. Zitirt Gesetz von 1889.
- Baselland*: Gesetz über die Organisation der Strafrechtspflege vom 13. Mai 1852. Zitirt P.
- Gesetz über die Aufstellung eines Staatsanwaltes, vom 28. April 1851. Zitirt St. A.
- Kriminalgesetzbuch für den Kanton Basel, 1821. Zitirt K.
- Gesetz betreffend die Zivilklage in strafrechtlichen Prozessfällen vom 27. Juli 1840. Zitirt Z. K.
- Gesetz betreffend die Vertretung in Zivil- und Strafprozessen vom 3. April 1867. Zitirt Z. S.
- Dienstinstruktion für das Polizeikorps des Kantons Basellandschaft vom 17. März 1890. Zitirt D. P.
- Gesetz betreffend unentgeltliche Rechtshilfe von Unbemittelten vom 18. Februar 1895. Zitirt U. R.
- Schaffhausen*: Gesetz über das Verfahren bei Untersuchung von Zuchtpolizei- und Kriminalfällen vom 13. Juni 1849.
- Obergerichtliche Verordnung über den polizeilichen Geschäftskreis der Bezirksgerichte vom 26. Februar 1892.

Appenzell A. Rh.: Gesetz betreffend die Strafprozessordnung vom 25. April 1880.
 Vorschriften über das Verfahren b. Ausschätzungen vom 19. März 1883.
 Verordnung für den Kanton Appenzell A. Rh. betreffend die Geld-
 bussen, Gerichtskosten und Gerichtsgebühren vom 22. Nov. 1880.
 Verordnung über das Polizeiwesen vom 4. November 1887; revidirt
 19. November 1888; Nachtrag von 1894.

Appenzell I. Rh.: Gerichtsordnung vom 23. Oktober 1873 — wertlos.

St. Gallen: Amtliche Sammlung der Gesetze über die Strafrechtspflege, St.
 Gallen 1892, enthält:

- I. Gesetz über den Kriminalprozess, erlassen 31. März 1865, modifizirt
 durch Nachtragsgesetz vom 27. Juni 1892. Zitirt P.
- II. Prozessordnung bei Uebertretungen und Vergehen, erlassen 28. Nov. 1878,
 modifizirt durch Nachtragsgesetz vom 27. Juni 1892. Zitirt U. V.
- III. Strafgesetz über Verbrechen und Vergehen, erlassen 25. Nov. 1885.
 Speziell die auf die Zuständigkeit und Kompetenzbestimmungen
 bezüglichen strafprozessualen §§ 203, 204.

Graubünden: „Polizeigesetz des Kantons Graubünden vom 1. Juli 1873“,
 zweiter Teil, enthaltend die Bestimmungen über das Verfahren
 in den der Rechtsprechung der Kreisgerichte unterliegenden
 Straffällen. Zitirt P. G.

Volksbeschluss über: „Ausscheidung der Kompetenzen der Gerichte im
 Strafverfahren“ vom 9. November 1890. Zitirt V. B.

Gesetz betreffend das gerichtliche Verfahren in Straffällen vom 28. No-
 vember 1853. Durch Grossratsbeschluss vom 1. Juni 1891 in Ueber-
 einstimmung gebracht mit dem oben zitirten Volksbeschluss. Zit. P.

Aargau: Gesetz über das Verfahren in peinlichen Strafsachen vom 3. März
 1858. Zitirt P.

Gesetz über Abänderung einiger Bestimmungen der Strafprozess-
 ordnung vom 29. Mai 1863. Zitirt A. G.

Zuchtpolizeigesetz vom 19. Februar 1868. Zitirt Z. P.

Ergänzungsgesetz betreffend die Strafrechtspflege vom 7. Juli 1886.
 Zitirt E. G.

Tessin: Legge sulla organizzazione giudiziaria in materia penale, 4. Mai 1895.
 Codice di procedura penale, 3. Mai 1895.

Motive von Gabuzzi.

Thurgau: Gesetz betreffend die Organisation des Gerichtswesens vom
 22. März 1850.

Gesetz über Aufstellung eines Staatsanwaltes vom 25. März 1852.
 Zitirt St. A.

Gesetz betreffend das bezirksamtliche Voruntersuchungsverfahren in
 Strafsachen u. s. w. vom 26. November 1867. Zitirt B. V.

Reglement über die Geschäftsführung des Verhöramtes vom 3. Ok-
 tober 1850. Zitirt G. V.

Verordnung des Obergerichtes über das gerichtliche Verfahren bei
 Uebertretungen fiskalischer und polizeilicher Bundesgesetze vom
 3. Oktober 1850. Zitirt O. V.

Gesetz über das Geschworenengericht vom 24. März 1852. Zitirt G. G.

Waadt: Loi sur l'organisation judiciaire du 23 mars 1886, modifiée par la loi du 30 août 1893. Zitirt O. G.

Code de procédure pénale du 1 février 1850. Modifiée par: la loi du 29 juin 1872; la loi du 21 novembre 1874; la loi du 13 mars 1886 sur l'organisation du Conseil d'état; la loi du 26 mars 1886; la loi du 23 mars, vide O. G.; le décret du 21 mai 1875. Zitirt P. oder P. (mod. par.....).

Wallis: Loi sur l'organisation des tribunaux du 24 mai 1876.

Code de procédure pénale du 23 novembre 1848.

Loi du 24 novembre 1883 rétablissant la peine du mort et modifiant quelques articles du code de procédure pénale. (Ohne Bedeutung für uns.)

Neuenburg: Loi sur l'organisation judiciaire du 13 juillet 1874. Modifiée par les décrets du 23 novembre 1881, 23 novembre 1882, 22 octobre 1884, 15 février 1887, 25 mars 1891. Zitirt O. G.

Code de procédure pénale du 25 septembre 1893. Zitirt P.

Genf: Loi sur l'organisation judiciaire du 15 juin 1891. Zitirt O. G.

Code d'instruction pénale du 25 octobre 1884. Modifiée le 1 octobre 1890, le 28 mars 1891, le 1 juin 1895.

Wo nichts weiteres bemerkt ist, bedeutet der zitierte Paragraph jeweils denjenigen des in *Cursiv* gedruckten Hauptstrafprozessgesetzes; z. B. Genf 106 = Art. 106 des Code d'instruction pénale. Der Kürze halber ist mancherorts die Angabe, ob Artikel oder Paragraph, weggelassen; beide bezeichnen ja dasselbe.

Es wären weiter unter den Quellen die *Strafgesetzbücher* anzureihen. Der Kürze halber sei aber auf die Zusammenstellung in Stooss: „Die schweizerischen Strafgesetzbücher, zur Vergleichung zusammengestellt“, S. XXI bis XXXI, verwiesen. Die Zitirung erfolgt, wo es sich um das Hauptstrafgesetz handelt, jeweils St. G. B., also Appenzell A. Rh. St. G. B. 52 = Art. 52 des appenzellischen Strafgesetzbuches.

Auswärtige Quellen:

Strafprozessordnung für das deutsche Reich vom 1. Februar 1877.
Zitirt D. Str. P. O.

Oesterreichische Strafprozessordnung vom 23. Mai 1873. Zitirt Oest. Str. P. O.

Code d'instruction criminelle. Zitirt C. I. Cr.

Codice di procedura penale. Zitirt It. C. Pr. Pen.

b) Litteratur.

Binding: Grundriss des deutschen Strafprozesses. III. Aufl., Leipzig 1893.
Zitirt Binding, Grdr.

Mein Kollegienheft hiezu. Leipzig 1894/95.

Glaser: Handbuch des Strafprozesses. I., Leipzig 1883 und II., 1885. Zitirt Glaser, Hdb.

Planck: Deutsches Strafverfahren. Göttingen 1857. Zitirt Planck.

- Mittermaier*: Das deutsche Strafverfahren. Heidelberg 1827. Zit. Mittermaier.
- Zachariae*: Handbuch des deutschen Strafprozesses. Göttingen 1860. Bd. II, 1868. Zitirt Zachariae.
- Biener*: Beiträge zur Geschichte des Inquisitionsprozesses. Leipzig 1827. Zitirt Biener.
- Geyer*: Lehrbuch des deutschen Strafprozessrechtes. Leipzig 1881. Zitirt Geyer.
- v. Kries*: Lehrbuch des deutschen Strafprozessrechtes. Freiburg 1892. Zitirt v. Kries.
- v. Holtzendorff*: Handbuch des deutschen Strafprozessrechtes. In Einzelbeiträgen. Berlin 1877—1880. Zitirt Holtzendorff Hdb.
- Julius Clarus*: Sententiarum receptarum liber V. Zitirt Clarus.
- Carpzovius*: Practica nova imperialis Saxonica rerum criminalium. Zitirt Carpzov.
- Vargha*: Die Verteidigung in Strafsachen. 1879. Zitirt Vargha.
- Hélie*: Traité de l'instruction criminelle, 3^{ème} édit. 8 vol. 1866/67. Zitirt Hélie.
- Saluto*: Commento al codice di procedura penale del Regno d'Italia. 8 vol. 3^a ediz. Torino 1885. Zitirt Saluto.
- Blackstone*: Commentaries on the laws of England, with a life of the author, and notes, by Christian Chitty, Lee Hovenden, and Byant and also references to American cases etc. Philadelphia 1859. Zitirt Blackstone.
- Hawkins*: A treatise of the pleas of the crown. 8th ed. London 1824. Zitirt Hawkins.

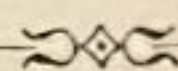
Von *einheimischer Litteratur* hebe ich hervor:

- Exposé des motifs, à l'appui du Code de procédure pénale. Chaux-defonds 1893. Zitirt Cornaz.
- Bulletin du grand conseil neuchâtelois, concernant le code de procédure pénale. Zitirt Neuch. bulletin.
- Gabuzzi*: Bericht zum tessinischen Entwurf des C. P. P. Zitirt Gabuzzi.
- L. Colombi, F. Gabuzzi*: De la révision du code de procédure pénale tessinois, Zeitschrift für schweiz. Strafrecht. Bd. I, S. 390—403, Bd. II, S. 68—84, pag. 371—394.
- Gautier*: Les nouvelles lois tessinoises sur l'organisation judiciaire et la procédure en matière pénale, Zeitschrift für schweiz. Strafrecht. Bd. VIII, S. 255 ff.
- ? „La nuova procedura penale ticinese“, Aufsatz im Repertorio di Giurisprudenza patria. Jahrgang 1896, pag. 1—9.

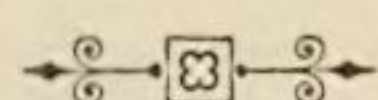
Von erheblichem Werte waren mir auch die Notizen und Hinweise in Schlatter's Rechtskalender, sowie in Prof. Schollenberger's „Freiheitsrechte“ etc.

Errata.

Auf Seite 47 soll es in § 10, 6. Zeile des ersten Absatzes heissen:
„versehen ist“, statt „geführt wird“.



I. Teil.



Die Subjekte der Strafverfolgung
und Grundlagen derselben.



1874

The objects of the Survey
are to determine the
position of the points



I. Teil.

Die Subjekte der Strafverfolgung und Grundlagen derselben.

§ 1.

Einleitung.

Unter *Strafverfolgung im weitesten Sinne* müssen wir die Summe aller derjenigen Handlungen verstehen, welche darauf gerichtet sind, das staatliche Strafrecht zu verwirklichen. Insbesondere aber ist als Aufgabe der Strafverfolgung zu betrachten der Nachweis eines staatlichen Strafanspruches gegenüber einer bestimmten Person, wegen einer bestimmten Handlung, die — um mit Binding zu reden — durch eine bestimmte strafrechtliche Norm verboten ist. Demnach würde die Strafverfolgung erst enden mit Erlass des gerichtlichen Endurtheiles. Erst dieses entscheidet endgültig über den Strafanspruch, macht ihn zur *res judicata*.

Bedenkt man aber, dass das gerichtliche Hauptverfahren eben so sehr darauf abzielt, die Nichtexistenz des behaupteten Strafanspruches zu beweisen, wie dessen Existenz, dass es, mit einem Worte, unparteiisch ist, so wird bald klar, dass der Begriff enger gefasst werden muss. Als *Strafverfolgungsstadium im eigentlichen Sinne* können wir demnach nur dasjenige bezeichnen, in welchem sich die Prozedur noch in Händen eines parteiischen, hauptsächlich die Zwecke der Strafverfolgung im Auge haltenden Organes befindet, welches die tatsächliche Existenz des staatlichen Strafanspruches nicht nur prüft, sondern auch zu beweisen sucht.

Der Moment, in welchem sich der Uebergang der Prozedur aus dem Strafverfolgungs- ins Rechtsprüfungsstadium vollzieht, ist für den modernen Prozess derjenige, in welchem das erkennende Gericht mit dem Falle befasst wird. Für den Inquisitionsprozess war es, vermöge der Fiktion von der Unparteilichkeit des Inquisitors,

der Moment, in welchem dieser sich mit der Sache befasste und jedenfalls spätestens der Beginn der *inquisitio specialis*. Bereits in dieser wurde ja das Bestehen eines Strafanspruches rechtskräftig geprüft; sie setzte die Urteilsgrundlagen fest, führte den vollständigen Beweis.

Obwohl wir uns im Verlaufe der Arbeit immer mit den Unterschieden zwischen inquisitorischem und accusatorischem Verfahren beschäftigen müssen, wollen wir sie doch hier für den Moment ausser Acht lassen, und bezeichnen als Strafverfolgungsstadium einfach dasjenige *vom Beginne staatlichen Handelns gegenüber dem Schuldverdächtigen an bis zur Ueberweisung desselben ans erkennende Gericht*. Somit sind Subjekte der Strafverfolgung diejenigen Organe und Personen, die bereits vor der Ueberweisung ans erkennende Gericht in Funktion treten.

§ 2.

Die historische Entwicklung der Strafverfolgung und ihrer Organe.

I. In den Uranfängen jedes Strafrechtes finden wir den ausgesprochenen Grundsatz reinen privaten Straf- und Strafverfolgungsrechtes. Mit dem allmäligen Auftauchen und Fussfassen aber des Gedankens, dass der Verbrecher nicht nur private Interessen, sondern auch die öffentliche Rechtsordnung¹⁾ verletze, als sich zugleich der über die Sippschaft mächtig emporwachsende Staat kräftig genug fühlte, diese Rechtsordnung auch aufrecht erhalten zu können, kam ein staatliches Strafrecht, erst nur für einzelne, dann aber mehr und mehr für alle Verbrechen auf.

Damit hielt aber der Gedanke, dass dem staatlichen Strafrechte notwendig auch eine Strafpflicht, und damit auch ein Interesse an der Verfolgung der Verbrechen entspreche, nicht gleichen Schritt. Ruhig wartete der Staat ab, bis seine Hülfe in Anspruch genommen wurde, und übte sein Strafrecht nur subsidiär neben dem privaten aus.²⁾ Gewisse Ueberbleibsel dieses nun in der Hauptsache überwundenen Rechtsstandpunktes sind die *Privatstrafklagen* (siehe § 3).

II. Die Ueberzeugung, dass eine Strafpflicht bestehe, wo ein Strafrecht vorhanden war, musste sich indessen auch dem Staate aufdrängen, und dies um so mehr, als sich die Strafverfolgung des Verletzten, resp. seiner Sippe mehr und mehr als machtlos erwies. Damit war der Anstoss gegeben, Massregeln zu treffen dafür, dass dieser Pflicht Genüge geleistet wurde. Je mehr die Autorität des Staates wuchs, um so mehr bemerkten wir auch ein Eingreifen desselben in die Strafverfolgung; es gilt dies für die ältesten Zeiten

¹⁾ Vgl. Glaser, Hdb. I, S. 12.

²⁾ Vgl. Brunner, Deutsche Rechtsgesch. II, S. 659.

jedes Strafverfahrens. Als nächstliegendes Mittel mochte der Staat anwenden die Aufstellung einer privaten Verfolgungspflicht, zu der er sowohl den Verletzten, wie dessen Nachbarn und schliesslich die Gemeinde als solche verband.³⁾ Daneben ging aber schon früh einher die Aufstellung besonderer Organe zur Verfolgung erst nur einzelner, allmählig aller Verbrechen.⁴⁾ *Hier haben wir den Ursprung der gerichtlichen Polizei zu suchen.*

Doch blieb es vorderhand bei der blossen Subsidiarität der staatlichen Verfolgung, einem Zustande, dem wir heute noch in England begegnen, das daher auch noch die alte germanische Folgepflicht, wie das Gerüfde „the hue and cry“ behalten hat. Vgl. Blackstone IV, Nr. 294:

„Any private person (and a fortiori a peace officer) that is present, when any felony is committed, is bound by the law, to arrest the felon, on pain of fine and imprisonment, if he escapes through the negligence of the standersby.“

Die Mängel dieses Systems lagen auf der Hand. — Der Staat glich dem Gutsherrn, der im Hinblick auf den Kornreichtum seiner Bauern eine prächtige Mühle einrichtet, aber vergass, vorerst sich zu versichern, dass diese das Korn auch bei ihm mahlen lassen

³⁾ Vgl. Lex Chamavorum, 37: Conventus Silvacens. v. J. 853 c, 5, bei Pertz, Monum. LLI, 424. Es ist das die Pflicht des sog. Gerüfde's und der Spürfolge. — Vgl. Brunner, Rechtsgesch. II, S. 227: Wer aber den ereilten Friedlosen nicht vor den Richter führt, wird bestraft. — Vgl. Lex Chamavorum, 30: „Si quis infra pagum latronem comprehenderit et ante illum comitem eum non adduxerit aut ante suum centenarium, solidos LX componat.“ — (Vgl. Boluze, Capit. vol. I, 513.) Schon in Merowingischer Zeit werden die Gemeinden, Centenen, für die Diebstähle auf ihrem Gebiete haftbar gemacht. — Vgl. Brunner II, S. 147: Eine Reminiszenz daran gibt uns ein interessantes Statut aus der Landschaft Lugano aus dem Anfang des 15. Jahrhunderts, mitgeteilt in der Zeitschr. f. schweiz. Recht, N. F., XIII, S. 276, das bestimmt (statutum XLII): „Item statutum est, si in aliquo burgo seu villa communitatis dicte vallis Lugani et ripperie vel eorum territoriis aliquod homicidium factum fuerit seu ferita sanguinolenta, quod commune illius burgi vel loci si non portaverit denunciam dicti homicidii, seu ferite domino capitaneo, seu eius vicario, infra quinque dies, si fuerit burgum soluat pro homicidio libras quinquaginta tertiorum et de ferita sanguinolenta libras viginti quinque tertiorum. Ad quam penam teneantur omnes habitantes ibi, saluo vidue et pupilli et minores annis quatuordecim et maiores annis septuaginta, et quod dicta pena solvatur pro ere tantum.“ — Ueber die altgermanische Rügepflicht vgl. Brunner II, S. 489 ff.

⁴⁾ Es sei hier erinnert an die quaestores parricidii (vgl. Dionysius VIII, 77, 78; Livius II, 41, III, 24, 25; Varro de lingua Latina V, 9); an die stationarii, und endlich an die Novelle (128, c. 21 Justinians): „Jubemus autem omnes judices, tam militares quam civiles, per se requirere eos, qui latrocinia aut violentias aut rapinas etc. — in provincia illicita committant“; für das deutsche Recht an die comites (vgl. Brunner I, 166); auch die Rügegeschworenen verfolgen dieselben staatlichen Zwecke.

würden, und nun mit leeren Gängen mahlt, während die Bauern ihr Korn nach wie vor anderweitig mahlen lassen. — Dass ein derartiger Zustand auf die Dauer nicht haltbar sei, wurde auch sehr bald erkannt. Man zog auch die richtige Konsequenz, nämlich die, dass eben nicht nur das *Strafrecht*, sondern auch das *Strafverfolgungsrecht* ein staatliches Vorrecht sein müsse. *Damit entstand die Offizialstrafverfolgung.*

III. Statt nun aber die Offizialverfolgung in dem Sinne zu organisieren, dass das Institut der staatlichen Verfolger ausgedehnt wurde, machte man einfach den Richter zum Verfolger. Der Grund ist ein offensichtlicher. Es war die Ersparnisrücksicht, die damals wie heute gebot, vorerst die alten staatlichen Institutionen voll auszunützen, bevor man neue schuf, gleichviel ob die neue Funktion zu der alten passte oder nicht.

So haben wir nun einen staatlichen Richter, der zugleich Strafverfolger ist. Das ist das System des Inquisitionsprozesses. Da die eigentliche Verfolgung dem Richter, und sozusagen diesem allein oblag, trat die Mitwirkung der Polizeiorgane und der Privaten fast vollständig in den Hintergrund. Da die Quintessenz des inquisitorischen Verfahrens darin bestand, den Angeschuldigten resp. Verdächtigen ohne weiteres einzusperren und zur Disposition des Inquirenten zu halten, der aus ihm „die Wahrheit“ herauslockte resp. -presste, bedurfte man des Privaten nur noch als des Denunzianten, der Polizei, als des Gehülfen und Vollstreckers, d. h. als des Werkzeuges, den Delinquenten zu sistieren.

Der Richter schritt von sich aus ein, nicht nur, wenn er durch Denunziation oder Klage dazu aufgefordert wurde, sondern sobald er nur Veranlassung fand, zu vermuten, dass ein Delikt begangen sei. Klar drückt dies schon aus ein anderes Statut von Lugano (vgl. Zeitschr. f. schweiz. Strafrecht, 1894, I, S. 261), indem es sagt:

„Item supra dicti statutarii statuerunt et ordinaverunt, quod capitaneus dicte communitatis vel eius vicarius *ex eorum officio*, possint et *debeant inquirere et processum facere de quibuscunque maleficiis et delictis*, que de cetero in territorio dicte communitatis committentur et perpetrabantur, et *de ipsis* malefactores et transgressores punire et condemnare, *non obstante quod de ipsis maleficiis accusatio vel querela delata non fuerit*“ etc.

An Stelle der alten Folgepflicht trat eine private und kommunale Denunziationspflicht.⁵⁾

IV. Mit der sich mehrenden Arbeitslast der Gerichte aber machte sich das Bedürfnis nach besonderen Spür- und Verfolgungsorganen neuerdings geltend. Auch erwies sich das Gericht lange nicht so befähigt, den Verbrechern nachzugehen, wie die Polizei,

⁵⁾ Vgl. das unter Anm. 3 zitierte Statut XLII von Lugano, sowie Statut XLIII u. LXVII *ibid.*, wo eine Haftung für falsche Anzeigen festgesetzt ist.

die im ständigen Kontakt mit dem Leben und Treiben dubioser Existenzen steht. Man fand sich daher verhältnismässig bald wieder veranlasst, höhere Polizeiorgane als Strafverfolgungsbeamte zu bestellen. Damit lebt also die gerichtliche Polizei wieder auf. Sie erscheint aber in der Hauptsache nur als Vertreterin der Gerichte, und übt als solche Befugnisse aus, die eigentlich dem inquisitorischen Richter zugestanden hätten. Zur selbständigen Stellung gegenüber dem Gericht gelangte die Polizei, wenigstens in Deutschland, nicht.

Etwas anders vollzog sich die Entwicklung in Frankreich. An Stelle einer masslosen Zersplitterung der nationalen Kräfte in den zahllosen Staaten und Städtlein, die das alte deutsche Reich kennzeichnete, entwickelte sich dort schon früh ein starkes, nationales Königtum. Dieses unterhielt relativ früh eine stattliche und wohl-disziplinierte königliche Polizei, und nahm die Verfolgung von Verbrechen als ein Prärogativ derselben in Anspruch. Die ordonnance du 28 décembre 1355 und die ordonnance du mars 1360 erwähnen ausdrücklich die „procureurs du roy“ als staatliche Strafverfolger. Aus der berühmten ordonnance du 22 novembre 1371 geht weiter hervor, dass diese „procureurs du roy“ bereits eine Art polizeilicher Voruntersuchung führten und erst auf Grund derselben den Delinquenten dem ordentlichen Strafrichter überwiesen.⁶⁾

Trotzdem der Inquisitionsprozess in Frankreich verhältnismässig früh und rasch sich einbürgerte, vermochte er diese königlichen Verfolgungsorgane nicht zu beseitigen, trotz der Versuche, die namentlich von Seiten der Gerichte dazu gemacht wurden.⁷⁾ Das starke Königtum hielt diese treuen und zuverlässigen Organe fest, freilich meist aus politischen Gründen, nämlich um sich dadurch einen massgebenden Einfluss auch in Strafverfolgungssachen zu sichern.

V. Diesen politischen Erwägungen entsprang die Umwandlung im Charakter der procureurs. Aus Verfolgern im engsten Sinne, aus reinen Organen der Gerichtspolizei wurden sie die ausgesprochenen Vertreter der königlichen Gerichtsherrlichkeit, die nicht nur den Gerichten selbständig gegenüber, sondern selbst über ihnen standen. *Hier finden wir den Ursprung des ministère public, der französischen Staatsanwaltschaft.*

So kam es, dass sich zwischen den Gerichten und den „procureurs du roy“ ein gewisser Gegensatz ausbildete, dies um so mehr,

⁶⁾ „..... que par ordonnances royaulx anciennes et notoires fust jà pieçà ordonné que aucuns procureurs royaulx ne metroient aucunes personnes quelxconques en cause ou en procès, jusqu'à ce que **informacions** deues et convenables seroient premièrement et avant toute oeuvre faictes sur les faiz et articles qui viendroient à leur cognoissance, en que icelles informacions seroient veues et examinées à bonne délibération par les bailliz ou autres juges ordinaires des lieux, ... „que aucuns de noz subgez ne soit désormais mis en cause contre aucun de nos procureurs, sanz informacion faicte deuement.“

⁷⁾ Vgl. Ayrault, „l'ordre, formalité et instruction judiciaire“ (Paris, 1575 et 1598), livre II, n. 22.

je mehr sich die volle Unabhängigkeit der letzteren vom Gerichte ergab und diese nicht nur die Ueberleitung der Angeschuldigten ans Gericht besorgten, sondern auch die völlig selbständige Stellung einer Partei im Verfahren erhielten.

Es erschien denn auch infolge dieses Gegensatzes im Institut der „procureurs du roy“ verwirklicht, oder doch wenigstens berücksichtigt, jenes stürmische Postulat der Encyklopedisten, das man gewöhnlich als „Prinzip der Gewaltentrennung“ zu bezeichnen pflegt.⁸⁾ So lässt sich auch erklären, dass Montesquieu (vol. VI, c. 8) die Institution der procureurs eine „loi admirable“ nennt und dass die procureurs sich, im Gegensatz zu den Gerichten, einer gewissen Popularität erfreuen.

Dieser Popularität ist es zuzuschreiben, wenn das Institut der Staatsanwaltschaft die französische Revolution überdauerte; denn die vorübergehende Beseitigung derselben und Ersetzung durch die zwei Magistraturen des „commissaire national“ und „accusateur public“ war mehr eine Massregel gegen eine äusserlich spezifisch royalistische Institution, als gegen das Prinzip derselben. Das Gesetz vom 27 ventôse de l'an 8 stellte das Wesen der Staatsanwaltschaft wieder im vollen frühern Umfange her; ebenso brachte die Revolution auch zum ersten Mal den Ausdruck „ministère public“ für die Vertretung der staatlichen Interessen an der Rechtsprechung auf.

VI. Auch ein anderer, nun zum Gemeingut gewordener Begriff taucht in der Revolution zum ersten Mal auf, nämlich der der „police judiciaire“. Schon das Königtum hatte nämlich neben den „procureurs du roy“ eine Reihe von polizeilichen Magistraturen zur Strafverfolgung geschaffen, ich erinnere nur an die „lieutenants du roy“.⁹⁾ Der Code du 3 brumaire de l'an 4 erfindet nun für die Gesamtheit der bei der Strafverfolgung tätigen Organe die Bezeichnung „police judiciaire“ und definirt deren Wesen im Gegensatz zur „police administrative“ in Art. 19 und 20 folgendermassen:

„La police administrative a pour objet le maintien habituel de l'ordre public dans chaque lieu et dans chaque partie de l'administration générale. Elle tend principalement à *prévenir* les délits. Les lois qui la concernent font partie du Code d'administrations civiles. *La police judiciaire* recherche les délits que la police administrative n'a pas pu empêcher de commettre, en rassemble les preuves, et en livre les auteurs aux tribunaux chargés par la loi de les punir.“

VII. Als Haupt der gerichtlichen Polizei erscheint das ministère public, d. h. also die Staatsanwaltschaft. Andererseits rangirt aber die letztere wiederum unter den „officiers de la police judiciaire“. Diese Vermischung ist keineswegs eine glückliche. Richtig war es, die police judiciaire unter die Oberleitung der Staatsanwaltschaft zu

⁸⁾ Vgl. Zachariae I, S. 198.

⁹⁾ Vgl. Hélie, vol. III, de la police judiciaire, p. 10. ff.

stellen. Will die Staatsanwaltschaft ihre Funktion, die Aufrecht- und Einhaltung der Gesetze zu wahren, richtig erfüllen, so bedarf sie dazu notwendig des so fein verzweigten Institutes der Polizei. Und dass sie sich desselben nicht bedienen kann, als einer koordinierten und daher durch Rechthülfebegehren anzurufenden Organisation, sondern ihr direkt Befehle erteilen können muss, liegt auf der Hand; darum ist sie ihr vorgesetzt. Unbedacht wäre es dagegen, sie unter den Organen der gerichtlichen Polizei gewissermassen als deren oberste, scharf ausgeprägte Spitze aufzuführen. Es erweckt dies den Irrtum, die Ziele der gerichtlichen Polizei und die der *ministère public* seien dieselben. Tatsächlich ist dies keineswegs der Fall, die des Staatsanwaltes gehen weit über die der ersteren hinaus, sie können jenen unter Umständen diametral gegenüber stehen. Nichts hindert den französischen Staatsanwalt, in der Hauptverhandlung die Partei des Angeschuldigten zu ergreifen und so die Arbeit der gerichtlichen Polizei zu nichte zu machen. Die gerichtliche Polizei ist nur eines der Organe, die der Staatsanwaltschaft zur Erreichung ihrer, meines Erachtens allzu idealistischen und abstrakten Ziele zur Verfügung stehen, keineswegs etwa das ihr eigentümliche, aus ihrem inneren Wesen entsprungene. Die gerichtliche Polizei bestand dem Begriffe, nur nicht dem Namen nach, schon längst, bevor an eine Staatsanwaltschaft im modernen Sinne zu denken war, nur übte sie der Richter selbst aus.¹⁰⁾

VIII. Von Frankreich her haben wir sowohl den Begriff der gerichtlichen Polizei, wie den der Staatsanwaltschaft übernommen, und zwar, wie zu erwarten stand, in der kritiklosen Identifizierung oder wenigstens Vermischung ihrer beidseitigen Funktionen. Die Rezeption beider Institute erfolgte unter der gemeinsamen Flagge der Gewalten-trennung; dieselben erschienen als Gegensätze der Justiz im engeren Sinne. Damit wurde allerdings die Abgrenzung beider von der Justiz nicht schwer. Man betrachtete einfach alle diejenigen Handlungen — seien sie nun polizeiliche oder staatsanwaltliche — die gerichtet sind auf die Verfolgung strafbarer Handlungen und die Ueberweisung der Täter ans Gericht, als gerichtspolizeiliche. Der Staatsanwalt erschien allmählig als höchster und typischer Vertreter der gerichtlichen Polizei.

Damit ging aber jede Sönderung von Staatsanwaltschaft und gerichtlicher Polizei unter sich selbst verloren und wir stehen vor der keineswegs befriedigenden Tatsache, dass Gesetz und Sprachgebrauch das gesamte Handeln staatlicher Organe, das darauf gerichtet ist, das Einschreiten der Gerichte gegen einen bestimmten Angeschuldigten herbeizuführen, als Massnahmen der gerichtlichen Polizei betrachten.

IX. Rein abstrakt können wir allerdings sagen: Die Staatsanwaltschaft ist nach moderner Auffassung die Vertreterin der staat-

¹⁰⁾ Vgl. Hélie III, S. 55 ff.

lichen Interessen an der Rechtsprechung insgesamt und an der Strafrechtspflege insbesondere. Als solche ist die Staatsanwaltschaft Organ der Justizhoheit des Staates, wie das Gericht, und daher wie dieses auch Organ der Strafrechtspflege.

Strafrechtspflege kann nur sein die rechtliche, d. h. gerichtliche Erörterung und Prüfung und sodann Verneinung oder Bejahung eines staatlichen Strafanspruches gegen eine bestimmte Person.

Somit scheiden aus: alle diejenigen Massnahmen, die nur bezwecken, diese rechtlichen Erörterungen herbeizuführen, also Handlungen, die nur dem Gerichte vorarbeiten und den Erfolg von dessen Bemühungen zu sichern suchen. Man hat diese Handlungen ganz zutreffend gerichtspolizeiliche genannt und damit deren Wesen gekennzeichnet. Es sind nämlich diese Handlungen der Form nach rein polizeiliche, dem Zwecke nach immerhin doch justizielle, da sie sich nur im Hinblick auf die Aufgaben der Justiz rechtfertigen lassen. Aus ihrem Zwecke heraus ergibt sich auch mit Notwendigkeit, dass es Sache der Justiz und nicht der Polizei ist, die Prämissen aufzustellen, unter denen derartige Vorbereitungshandlungen vorgenommen werden dürfen, und dass es zugleich Aufgabe der Organe der Justiz ist, einerseits diese Handlungen, die ja für sie vorgenommen werden, zu beaufsichtigen, zu kontrolliren und über deren Ergebnis zu entscheiden, anderseits auch solche zu veranlassen, wo sie im Interesse der Justiz verlangt werden müssen. Endlich ist es auch Sache der Justiz, die von der gerichtlichen Polizei eingeleiteten Verfahren an sich zu ziehen, sobald es ihr gut scheint.

Zur Zeit des Inquisitionsprozesses haben wir als einzigen Vertreter der staatlichen Justizhoheit das Gericht. Daher ist es auch dieses, das dieses Aufsichts- und Kontrollrecht ausübte und Leiter der gerichtlichen Polizei war. Im modernen Strafverfahren ist an die Seite des Gerichtes getreten ein neues Organ der Justizhoheit, die Staatsanwaltschaft. Dieselbe wurde dadurch in einen gewissen Gegensatz zum Gericht gesetzt, dass ihr ausschliesslich die Verfolgungsinitiative, die früher das Gericht selbst besass, übertragen wurde. Und nun erscheint es ganz selbstverständlich, dass die Aufsichts- und Provokationsbefugnis gegenüber der gerichtlichen Polizei ihr zugewiesen wurde.

X. Daraus erlangt auch die gerichtliche Polizei eine selbständige Stellung gegenüber dem Gericht. Im Grunde genommen zwar noch immer diesem vorarbeitend, geht ihr doch der alte Kontakt mit ihm verloren, da als Isolator die selbst vom Gerichte abgezweigte, aber dennoch unabhängige Staatsanwaltschaft dazwischen geschoben wurde. Richtiger wäre es daher, für den modernen Prozess die Bezeichnung gerichtliche Polizei fallen zu lassen und zu sagen Verfolgungspolizei, oder mit Hervorkehrung des accusatorischen Momentes: *Anklagepolizei*. Daraus würde sich dann von selbst ergeben, dass darunter verstanden wäre die Summe staatlicher Handlungen nicht justizieller

Natur, die darauf gerichtet sind, die Erhebung einer Anklage gegen eine bestimmte Person wegen eines bestimmten Verbrechens bei dem zuständigen Gerichte zu ermöglichen. Ebenso würde sofort ersichtlich, dass diese Anklagepolizei notwendig zu Gunsten des Inhabers des Anklagemonopoles handelt und daher ihm unterstellt ist.

XI. Für unsere Arbeit behalten wir dagegen den Ausdruck gerichtliche Polizei bei, einmal, weil er eingelebt ist, und zweitens, weil wir ihn unbedenklich für sämtliche Strafprozessgesetze gebrauchen können. Wir begreifen unter gerichtlicher Polizei einfach: „Die Forschung nach den Verbrechen, die Fahndung nach ihren Urhebern und Vorbereitung des Belastungsmateriales soweit, dass das *gerichtliche* Einschreiten verlangt werden kann.“ Demnach lassen wir ausser Betracht, ob dieses gerichtliche Einschreiten bloss Einleitung der gerichtlichen Untersuchung oder Eröffnung des Hauptverfahrens bedeute. Im letzteren Falle können wir somit die Untersuchung selbst, wenn auch, wie ich nachzuweisen suchte, keineswegs ganz korrekt, als gerichtspolizeiliche bezeichnen. (Vgl. unter X.) Wir müssen demnach das Tätigwerden der Staatsanwaltschaft in der Untersuchung nolens volens auch als gerichtspolizeiliches bezeichnen, da die Gesetzgebung keinen andern Ausweg zulässt; immerhin betrachten wir dasselbe in einem besonderen Kapitel.

XII. Aus den bisherigen Erörterungen geht hervor, dass uns als Funktionäre der staatlichen Strafverfolgung drei Institute entgegentreten müssen: das *Gericht*, die *Staatsanwaltschaft* und die *gerichtliche Polizei*. Das *Gericht*, als historisch bedeutsamstes Organ, beansprucht von selbst den ersten Platz in der Behandlung, siehe unter Kapitel II. Ihr schliesst sich an, als zweites Organ der Justizhoheit, die *Staatsanwaltschaft*, siehe unter Kapitel III. Im IV. Kapitel werden wir endlich einen Ueberblick zu geben suchen über den derzeitigen Stand der Organisation des Hilfsorgans der Justiz, der *gerichtlichen Polizei*, nachdem wir schon in den beiden ersten Kapiteln das Verhältnis der Justiz im engern Sinne zur gerichtlichen Polizei zu erläutern Gelegenheit hatten.

* * *

Wenn wir bisher von den Subjekten der Strafverfolgung redeten, gingen wir von der stillschweigenden Annahme aus, dass das durch den Inquisitionsprozess eingebürgerte Prinzip der sogenannten *Offizialverfolgung* die Einmischung des Privaten in dieselbe ausschliesse. Ob dies nun *de lege lata* wirklich der Fall sei, müssen wir aber noch untersuchen, und stellen die Behandlung dieser prinzipiellen Frage voran, indem wir im I. Kapitel vom *Offizialprinzip* und seinen Ausnahmen reden.

I. Kapitel.

Das Oficialprinzip und seine Ausnahmen.

§ 3.

Die Oficialverfolgung.¹¹⁾

I. Wir haben in § 2 ausgeführt, wie durch den Inquisitionsprozess die sog. Oficialverfolgung eingeführt wurde, d. h. nichts anderes, als die Anhandnahme der staatlichen Strafverfolgung von Staatswegen, auch ohne Antrag oder Zustimmung des Geschädigten.

War die Entstehung dieser Oficialverfolgung auch wirklich eine Frucht des Inquisitionsprozesses, so bedeutet dies doch keineswegs, dass dieselbe etwas dem letzteren Eigentümliches sei, wie das schon behauptet wurde. Oficialmaxime und Accusationsverfahren schliessen sich keineswegs aus. Gegensatz der Oficialmaxime ist Parteiwillkür, und nur diese allein; somit also Prinzip staatlicher Untätigkeit. Sobald aber der Staat, gleichviel durch was für Organe, die Verfolgung aufnimmt, unbekümmert um das Wollen oder Zustimmen der Interessenten, sobald die einmal eingeleitete Untersuchung nur noch vom Staate sistirt werden kann, so müssen wir von Oficialverfolgung reden. Wenn behauptet wird, Oficialverfolgung sei etwas dem accusatorischen Prozesse Fremdes, so wird dabei allzu sehr auf den überdies missverstandenen englischen Prozess abgestellt. Tatsächlich ist es auch dort kaum richtig, von dem Fehlen der Oficialmaxime zu reden. Wohl ist es der Private, der in sehr zahlreichen Fällen das staatliche Strafrecht verfolgt; aber man übersieht dabei, dass diese private Intervention keineswegs ein Akt privater Willkür ist, sondern dass der Private einerseits von Gesetzeswegen verpflichtet ist („bound by the law“), bei zahlreichen Delikten die Strafklage zu betreiben, während anderseits die Haftung für die Kosten des Verfahrens bei „public wrongs“ nicht auf dem Privaten, sondern auf dem Staate lastet, der den *vorgeschobenen* Privatkläger entschädigt und belohnt.¹²⁾ Also gilt selbst in England, wenn auch verschleiert, das Oficialprinzip. Somit können wir ruhig als moderne Rechtsanschauung bezeichnen die Verfolgung der Verbrechen von Amtswegen, auch ohne Auftrag oder Ermächtigung des Geschädigten oder Verletzten.

II. Die schweizerischen Strafprozessgesetze stimmen in dieser Beziehung durchaus miteinander überein, alle, ohne Ausnahme, an-

¹¹⁾ Vgl. Planck, 148 ff.; Glaser, Hdb. I, 24 ff.; Zachariae I, 41 ff.; Köstlin, Wendepunkt etc., S. 21; Glaser, ges. Schriften I, 429 ff.

¹²⁾ Vgl. Glaser, Anklage, Wahrspruch und Rechtsmittel im englischen Schwurgerichtsverfahren, S. 42.

erkennen als das *Prinzip* der Strafverfolgung die *Offizialmaxime*. Klar und bündig spricht dies das Gesetz von Schwyz in Art. 1 aus:

„Alle Verbrechen und Vergehen, welche der Gerichtsbarkeit hiesiger Strafbehörden unterliegen, sollen im Interesse der öffentlichen Sicherheit von Staatswegen strafgerichtlich untersucht werden, auch wenn keine Klage oder Anzeige eines Beschädigten oder Beklagten gemacht wird.

Es ist daher den betreffenden Beamteten durchaus untersagt, auf Ansuchen eines Beschädigten die strafgerichtliche Verfolgung zu unterlassen oder einzustellen.“

Gleich oder ähnlich bestimmen: Obwalden, 1; Nidwalden, 1; Zug, 1; Appenzell A. Rh., St. G. B. 53; Uri, J. R. 1; Luzern, 10; Bern, 2; Freiburg, 1; Thurgau, B. V. 2; Neuenburg, 4; Tessin, 3; St. Gallen, P. 12, U. V. 16; Aargau, P. 114, Bund Art. 2. Demnach bekennen sich im Prinzip die Kantone zur *Offizialmaxime*.

III. Trotz der prinzipiellen Anerkennung der *Offizialmaxime* und der dadurch bedingten Ausschliessung privater Einmischung in die Strafverfolgung ist das private Strafverfolgungsrecht in vielen Kantonen faktisch doch nicht ausgeschlossen. Es finden sich da verschiedene Ueberreste alter privater Prozessbeteiligung vor, die wir als *Ausnahmen vom Offizialprinzip* bezeichnen und vorerst näher prüfen müssen. Ausser Acht lassen wir dabei die Befugnisse des Geschädigten bei Antragsdelikten. Es sind zwar dieselben auch entschiedene und zu beseitigende Durchbrechungen des *Offizialprinzips*¹³⁾, aber bekanntlich leiden ja sozusagen alle Strafprozessgesetze an diesem Hemmschuh der Durchführung rein offizieller Verfolgung, so dass man denselben kaum mehr als Ausnahme vom *Offizialprinzip* betrachtet, und überdies sind die Antragsdelikte nach schweizerischem Rechte schon mehrfach erörtert.¹⁴⁾

Dagegen haben wir uns einlässlicher zu befassen mit:

- a. der Privatstrafklage (vgl. § 4);
- b. der Beteiligung des Verletzten oder Geschädigten als Nebenpartei (vgl. § 5);
- c. der Popularklage (vgl. § 6), d. h. mit den Formen der Beteiligung Privater am Strafverfahren.

¹³⁾ Vgl. Lammasch, „Der Entwurf eines schweiz. Strafgesetzbuches“, Zeitschr. f. schweiz. Strafr. VIII, S. 133.

¹⁴⁾ Z. B. Brodbeck, Zeitschr. f. schweiz. Strafr. I, S. 475 ff.; Stooss, *ibid.*, speziell für bernisches R. III., S. 23 ff.; vgl. auch „Grundzüge etc.“ I, S. 275 ff.

A. Beteiligung des Privaten als Hauptpartei.

§ 4.

Die Privatstrafklage.

(Litteratur: Menzel, Privatklage, Erlangen 1880, nam. Seite 107 ff.; Stenglein, im Gerichtssaal Bd. XXXV, p. 271 ff., 1890, p. 161 ff.; Binding, Grundr. I, S. 95.)

I. Unter den Ueberbleibseln privater Strafverfolgungsbefugnis beansprucht den ersten Rang die sog. Privatstrafklage; handelt es sich dabei doch um die Existenz eines wirklichen und ausschliesslichen Privatverfolgungsrechtes, somit um eine wirkliche Ausnahme von der Offizialmaxime. Dieses private Verfolgungsrecht hat sich überall da, wo es noch besteht, nur erhalten in Bezug auf ganz untergeordnete Fälle. Dieselben wurden als dergestalt nur private und nicht auch die öffentlichen Interessen verletzende Uebertretungen strafrechtlicher Normen betrachtet, dass es angezeigt erschien, die Entscheidung darüber, ob diese Uebertretungen zu bestrafen seien oder nicht, ganz dem verletzten Privaten anheimzugeben. Der Staat sollte sich dabei als blosser Zuschauer begnügen und sich trösten mit dem alten Sätzlein: „minima non curat praetor“. Freilich ist diese Auffassung eine meines Erachtens unlogische und unkonsequente. Entweder man nimmt an, dass eine Handlung nur zivilrechtlich verantwortlich mache, oder wenn dieselbe auch als eine strafrechtlich bedeutsame und verantwortliche erklärt wird, stelle man sie auch unter staatliche, wenn auch durch Antrag bedingte Strafverfolgung.

II. In Betracht fallen namentlich die sog. Ehrverletzungsdelikte. Die Behandlung derselben in unseren Gesetzen ist eine dreifach verschiedene, indem sie:

- a. als *Antragsdelikte* betrachtet werden; so z. B. in Neuenburg¹⁵⁾, Schaffhausen, Wallis etc.;
- b. zwar unter staatlicher Strafandrohung stehen, aber nur auf *zivilprozessualen* Wege verfolgt werden können; so z. B. Obwalden 1, Abs. 5; Schwyz 4, 301, C. P. O. 5; Graubünden Pol. Str. G. 41, Abs. 1; Glarus 182; Thurgau O. G. 15; St. Gallen St. G. B. 111; Appenzell A. Rh. 13, Verf. 31;
- c. im *Strafverfahren*, aber nur auf dem Wege der strafprozessualen Privatstrafklage geahndet werden können; z. B. Zürich 1012 ff.

Für unsere Betrachtung kommen aber nur die Fälle der Verfolgung durch Privatstrafklage in Berücksichtigung, da wir uns nur mit der strafprozessualen Verfolgung der Strafansprüche zu beschäftigen haben und die Ahndung dieser Delikte auf dem Wege des Zivilprozesses ausser Acht lassen müssen.

¹⁵⁾ Vgl. Cornaz, p. 12.

III. Die **prinzipale Privatstrafklage** kennen die Kantone Baselstadt, Aargau und auch Zürich, das Ehrverletzungen auf dem Wege privater Strafklage verfolgen lässt. (Art. 1028.) Weiss zählt auf Seite 11 seiner Abhandlung über die Behandlung connexer Zivil- und Straffälle auch Wallis zu den Kantonen mit Privatklage; der von ihm zitierte Art. 39 des C. P. P. bezieht sich aber auf Antragsdelikte und nicht auf Fälle von Privatklage.¹⁶⁾

Im einzelnen ist bezüglich der Behandlung der Privatklage in den drei zitierten Kantonen zu bemerken:

1. *Der Umfang*, in welchem dieselbe zulässig ist, beschränkt sich in *Zürich* auf die Ehrverletzungsklagen, und zwar sowohl auf die Ehrverletzungen durch die Presse (§§ 1013 ff.), als auf die andern Ehrverletzungen (§§ 1028 ff.).

Baselstadt dagegen bestimmt in E. G. § 3:

„Die in die Kompetenz der Kammern des Strafgerichtes fallenden Verbrechen G. O. § 67 werden auf Klage der Staatsanwaltschaft verfolgt. *Ausgenommen sind Ehrbeleidigungen gegen Privatpersonen, Körperverletzungen nach § 108, Abs. 1, und § 115 des Strafgesetzes, sofern eine Krankheit oder Arbeitsunfähigkeit von höchstens drei Tagen vorliegt, und Sachbeschädigungen mit*

¹⁶⁾ Art. 39 sagt zwar: „Dans les cas où la loi ne prescrit pas spécialement la poursuite d'office, elle n'aura lieu qu'à l'instance de ceux qui y ont un intérêt direct.“

Dieses „elle“ bezieht sich eben auf „poursuite d'office“, nicht auf „poursuite“ schlechthin. Es sagt weiter Art. 51: „Si la plainte porte sur un délit, dont la loi ne prescrit pas la poursuite d'office, il n'y sera donné suite, qu'autant que le plaignant le requiert formellement. Dans ce cas le plaignant devra faire l'avance de frais de poursuite ou fournir une caution suffisante.“

Dazu vergleiche aber den charakteristischen Art. 53: „Lorsque des poursuites ne peuvent être commencées qu'autant, qu'une plainte a été portée (Art. 51) cette plainte peut toujours être retirée.“

Das heisst also, wir haben es hier nicht mit einer Privatklage zu tun, sondern mit dem Strafantrag des Antragsberechtigten. Dass dieser zur Kautionsstellung verhalten wird, ist nichts Auffälliges (vgl. z. B. Solothurn 112, Baselstadt P. 153, Zug 3); sie hat zudem nur den Zweck, einerseits, im Falle, dass der Antrag zurückgezogen wurde, die bisher erlaufenen Kosten zu decken, anderseits, falls der Antragssteller sich als Zivilpartei konstituierte, für die durch ihn *unnütz* verursachten Kosten zu haften. Vgl. Art. 53, Abs. 2: „Dans ce cas il n'est pas donné suite à la cause, mais le plaignant est chargé des frais.“ Ferner Art. 343: „Si l'accusé est acquitté, et qu'il résulte des débats que la partie civile a *inutilement augmenté les frais du procès*, ou qu'elle a agi inconsidérément, elle peut être condamnée à payer une portion des frais du procès.“

Nirgends findet sich eine Andeutung, dass dieser plaignant für die Kosten eines nicht auf seinen Antrag sistirten oder resultatlos verlaufenen Verfahrens haftet, wie er dies als Privatkläger notwendigerweise müsste.

einem Schadenbetrage von höchstens zwanzig Franken, sofern sie vor das Gericht gebracht werden; diese werden nur auf Privatklage verfolgt.“

„Die in die Kompetenz des Präsidenten des Strafgerichtes fallenden Verbrechen (G. O. § 68) werden nur auf Privatklage verfolgt.“

Nun ist aber das Organisationsgesetz von 1875 aufgehoben durch das „Gesetz betr. Wahl und Organisation der Gerichte und der richterlichen Beamten“ vom 27. Juni 1895, das in Art. 30 ff. die Kompetenzen des Strafgerichtspräsidenten teils dem Polizeigericht, teils dem „Einzelrichter in Strafsachen“ überträgt und es unterlässt, genau anzugeben, ob und inwiefern dadurch der Umfang der Zulässigkeit von Privatstrafklagen geändert wird. In der Hauptsache aber handelt es sich nur um Privatehrverletzungen, sowie Körperverletzungen und Sachbeschädigungen geringeren Grades.

Im gleichen Umfang scheint auch *Aargau* die Privatstrafklage anzuerkennen; es wird dieser nämlich nur im negativen Sinne umschrieben von Z. P. § 38:

„Anzeigen wegen anderer als den in § 33 genannten Vergehen müssen bei dem Gerichtspräsidenten gemacht werden.“

Wenn wir nun die in § 33 aufgezählten Straffälle von: „Diebstahl, Unterschlagung, Betrug, böswilliger Eigentumsbeschädigung, *erheblicher* Körperverletzung, Vergehen gegen die öffentliche Ruhe, Ordnung, Sicherheit und Sittlichkeit“ aus dem Bereiche der Rechtsprechung der Zuchtpolizeigerichte unterliegenden Straffälle eliminieren, so bleiben uns eben auch nur leichte Körperverletzungen und Ehrbeleidigungen, während Sachbeschädigungen ausgeschlossen zu sein scheinen; unklar Z. P. § 58.

2. *Das Verfahren.* Bei konsequenter Durchführung des Gedankens *privater* Strafverfolgung müsste sich das Verfahren in den Fällen der Privatstrafklage so gestalten, dass einfach der Private alle diejenigen Vorbereitungen für Erhebung der Anklage vor dem erkennenden Gericht zu treffen hat, die im Officialverfahren der Staatsanwaltschaft obliegen. Nur da, wo Handlungen vorzunehmen sind, die nur kraft staatlicher Autorität vorgenommen werden dürfen, hätte auf Antrag des Privatklägers und auf dessen Verantwortlichkeit der Staat mit seinem Rechtsschutz zu intervenieren. Richtig ist dieser Gedanke durchgeführt in Aargau und Zürich. Charakteristisch ist in dieser Beziehung Zürich 1015:

„Wird nicht sofort *definitive* Anklage gegen eine *bestimmte Person*, sondern nur eine *vorläufige* Anklage erhoben, so entscheidet der Gerichtspräsident bzw. die Anklagekammer über die *vorläufige Zulassung* derselben und ordnet die *nötige Untersuchung* an.“

„Die Kosten der Untersuchung sind, soweit es sich um Ermittlung des Anzuklagenden, und in schwurgerichtlichen Sachen

um die Entschädigung des Untersuchungsrichters handelt, vom Kläger, und nach Bezeichnung einer bestimmten Person als Angeschuldigten, soweit es sich nur noch um weitere Erhebungen für den Belastungs- oder Entlastungsbeweis handelt, *von dem Beweisführer zu vertrösten.*“

Vgl. ferner § 1019: „*Nach durchgeführter Untersuchung wird dem Ankläger von derjenigen Behörde, welche die vorläufige Anklage zu erlassen hat, Frist angesetzt, um definitive Anklage gegen eine bestimmte Person einzureichen, unter der Androhung, dass sonst Abstand angenommen würde.*“

„Auf begründetes Begehren kann eine Vervollständigung der Untersuchung bewilligt werden.“

§ 1023, Abs. 2 und 3: „Bei Zulassung der Anklage wird jedoch die Anklagekammer dieselbe erst dann dem Schwurgerichte überweisen, nachdem der Kläger für die Prozesskosten, inbegriffen allfällige Zeugengebühren, eine den Umständen angemessene *Kautio* geleistet haben wird.“

„Diese Kautio ist *unter der Androhung* einzufordern, dass im Falle der Nichtleistung Rückzug der Anklage angenommen würde, kann aber, wenn nur der Angeklagte Beurteilung durch das Schwurgericht verlangt hat, und der Ankläger bescheinigt, dass ihm die Aufbringung derselben nicht wohl möglich sei, vom Angeklagten verlangt werden, unter der Androhung, dass sonst dem Ankläger gestattet werde, die Anklage beim Bezirksgerichte einzubringen.“ (Vgl. §§ 1024, 1025.)

Ganz ausgezeichnet kommt in diesen Bestimmungen der rein private Charakter dieser Strafverfolgung zum Ausdruck. Der Staat verhält sich sogar soweit passiv, dass selbst der Angeschuldigte die zu seiner Entlastung dienenden Beweise auf *eigene* Kosten beschaffen oder beschaffen lassen muss.

Ganz analog ist das Verhältnis im aargauischen Privatstrafklageverfahren. (Vgl. Z. P. § 38 ff.) Typisch ist wiederum die Regelung der Kostenfrage; vgl. § 68:

„Die Entschädigung der Zeugen und Sachverständigen wird nach Mitgabe des Tarifanhanges zu gegenwärtigem Gesetz vom Richter bestimmt.“

„*Ausser denjenigen Fällen, wo das Untersuchungsverfahren zur Anwendung kommt, leistet der Staat hiefür keinen Vorschuss, sondern es hat jede Partei vorläufig die durch ihre Handlungen verursachten diesfälligen Kosten zu bestreiten.*“

IV. Der Unterschied dieses schweizerischen Privatstrafklageverfahrens von demjenigen der §§ 414 ff. der D. Str. P. O. liegt auf der Hand. Hier haben wir eine rein vom verletzten Privaten *unter Ausschluss der Staatsanwaltschaft* geführte Verfolgung, dort ein vom Staate mangels genügenden Interesses *auf Zusehen* hin der Privatbetreibung überlassenes Strafverfahren. Hier macht der Privatk Kläger

sein *eigenes* Verfolgungsrecht geltend, dort ein *staatliches*, ein wenigstens dem innern Wesen nach durchaus dem Privaten überlassenes Verfolgungsrecht. Hier haben wir *echte* Ausnahme vom Oficialprinzip, dort *scheinbare*; der klagende und verfolgende Private ist negotiorum gestor für Verfolgung auch des staatlichen Strafverfolgungsanspruches.

Mehr dem deutschen Verfahren nähert sich dasjenige von *Baselstadt*. Dort kommt der Gedanke, dass der Straf- und damit Strafverfolgungsanspruch im Grunde genommen doch ein staatlicher sei, darin zum Ausdruck, dass die Polizeidirektion, d. h. die auch im Oficialverfahren die ersten Ermittlungen leitende Behörde, sich am Verfahren beteiligt, durch Aufnahme einer ganz summarischen Voruntersuchung. Ja, diese Beteiligung geht sogar soweit, dass sie selbst ex officio Verhaftungen vornimmt. Einzig bei blossen Ehrbeleidigungen liegt das Verfahren ganz in Händen des Privatklägers. Vgl. P. § 151:

„Betrifft die gestellte Klage Schlaghändel, Körperverletzungen oder Eigentumsbeschädigungen, so ist dieselbe bei der Polizeidirektion anhängig zu machen, welche eine *ganz summarische Voruntersuchung* vornimmt, um Namen und Wohnort der Parteien und der Zeugen festzustellen und um etwaige *provisorische Verfügungen, wie Kautionsabnahme, Beschlaglegung auf Ausweisschriften oder Verhaftnahme*, zu treffen, und welche sodann die Akten dem Präsidenten zur Beurteilung übermittelt.“

Das lebhafteste Interesse, das der Staat an der Verfolgung auch dieser Delikte nimmt, bekundet sich weiter in der Bestimmung, dass nur der Privatkläger, der nicht im Kanton niedergelassen ist, zur Kautionsstellung angehalten werden *kann*. (P. § 153.) Der Staat leistet also demselben seine Dienste unaufgefordert und meistens gratis. (Vgl. auch E. G., § 4.)

Wir haben demnach in Baselstadt einerseits eine rein private Strafklage in Ehrbeleidigungsfällen, und anderseits eine Privatstrafklage mit staatlicher Beihülfe in allen übrigen, der Privatstrafklage vorbehaltenen Fällen. Es ist dies eine interessante Uebergangsform zum Antragsdelikt. Einzig die Bestimmung, dass, wenn der Kläger seine Klage in der Hauptverhandlung nicht vertritt, d. h. ausbleibt, die Klage als „desert“ erklärt wird (P. 155), unterscheidet diese Privatstrafklage vom Strafantrag bei Antragsdelikten. Sie kann daher kaum mehr als echte Privatverfolgung betrachtet werden.

V. Ein anderes Bild als die prinzipale Privatstrafklage bietet die **subsidiäre Privatstrafklage**, die uns auch in unserer Gesetzgebung entgegentritt. Handelte es sich bei ersterer um Geltendmachung eines, wenigstens nach schweizerischem Rechte, staatlicher Verfolgung gar nicht unterliegenden Strafverfolgungsanspruches, so will im Gegensatz dazu der Private bei subsidiärer Privatklage nicht ein *privates*, sondern ein staatliches Verfolgungsrecht geltend machen. Es ist ein vom Staate verlassener Strafanspruch, den der subsidiäre Privatstrafkläger aufnimmt, den er zur Geltung bringen will, trotzdem

dessen wahrer Eigentümer ihn als wertlos bei Seite geworfen hat. Wäre letzteres nicht der Fall gewesen, so käme der Privatkläger gar nie dazu, als Strafverfolger aufzutreten. Gerade in diesem Remedium angeblich mangelhafter staatlicher Strafverfolgung, in diesem öffentlichen Tadels- und Misstrauensvotum, das der subsidiäre Privatkläger dem Staate erteilt, liegt meines Erachtens das Bedenkliche der ganzen Institution. Entweder der fragliche Strafanspruch — und wohlverstanden *ausschliesslich staatliche* Strafanspruch — existirt, dann *muss* er von Staatswegen verfolgt werden, oder er existirt nicht, dann hört jede und auch die private Strafverfolgung auf. Jedenfalls heisst es mit der Würde und dem Ansehen der Rechtsprechung ein gewagtes Spiel treiben, wenn um eines hartnäckigen Rechthabers willen der Kläger sein gutes Geld, der Beklagte in den meisten Fällen seinen guten Namen verliert. Dringt der Kläger mit seinem Anspruch durch, so ist damit die Unzulänglichkeit und Unverlässlichkeit der staatlichen Strafverfolgung öffentlich bewiesen. Unterliegt er aber, so ist die Justiz wegen eines zum voraus als unsinnig erkannten angeblichen Rechtsschutzanspruches umsonst in Atem gehalten worden. Ganz entschieden liegt in der Befugnis des Denunzianten oder Klägers, gegenüber dem Bescheid des staatlichen Verfolgungsorganes, welches die Anhandnahme der *staatlichen* Strafverfolgung ablehnt, gerichtlichen Rekurs zu erheben, eine genügende Garantie für eine richtige Handhabung der staatlichen Verfolgungspflicht. *Es dürfte daher meines Erachtens de lege ferenda auch die subsidiäre Privatstrafklage, da wo sie besteht, zu beseitigen sein.*

De lege lata stehen sämtliche Kantone, mit Ausnahme von Zürich § 779, Luzern Art. 45, Aargau P. 117, 2 und Tessin 73 ff. auf dem Standpunkte der Nichtzulassung der subsidiären Privatklage. Tessin sucht in der Zulassung derselben ein Gegengewicht für die weitgehenden, geradezu unumschränkten Befugnisse der Staatsanwaltschaft, die im vollsten Sinne Herrin der Anklage ist.¹⁷⁾

1. *Der Umfang*, in welchem die subsidiäre Privatstrafklage zugelassen ist, ist ein unbeschränkter in Zürich, Aargau und Tessin; Luzern dagegen lässt dieselbe nur zu in Polizeistraffällen (Art. 45).

2. *Das Verfahren*. Für das Verfahren gelten die Vorschriften des Offizialverfahrens. An Stelle der Staatsanwaltschaft führt der Privatkläger die Voruntersuchung, resp. leitet er dieselbe. Er nimmt die gerichtliche und polizeiliche Mitwirkung in demselben Masse in Anspruch, wie dies der Staatsanwalt zu tun befugt ist. Dem Charakter einstweiliger *Privatverfolgung* entsprechend, geschieht diese amtliche Hülfeleistung nur, insoweit er für die Kosten und voraussichtlichen Folgen derselben einsteht, resp. Kautions leistet.

Von dem Verfahren auf prinzipale Privatstrafklage hin unterscheidet sich dieses subsidiäre Privatstrafverfahren in einer für uns

¹⁷⁾ Vgl. Colombi, De la révision du code de procédure pénale tessinoise, Zeitschr. f. schweiz. Strafr. II, S. 377. Vgl. damit Geyer, Kl. Schriften, S. 449.

fundamentalen Hinsicht; während bei ersterem die Staatsanwaltschaft, resp. der Staat, prinzipiell von der Beteiligung an der Verfolgung ausgeschlossen ist, kann bei subsidiärer Privatstrafklage das staatliche Verfolgungsorgan jederzeit die Officialverfolgung aufnehmen. Ja, will man die Konsequenz der blossen Subsidiarität dieser Privatverfolgung voll und ganz ziehen, so muss man sagen, letztere ist geradezu darauf gerichtet, die Notwendigkeit amtlicher Verfolgung zu beweisen. Mit andern Worten, der Privatkläger bezweckt nicht nur, zu verhindern, dass das Verbrechen, das ihn verletzte, ungesühnt bleibe, sondern er will, und zwar möglichst rasch, nachweisen, dass eine staatliche Pflicht vorhanden wäre, dieses Verbrechen ex officio zu verfolgen.

Daraus müsste sich ergeben, dass der Privatkläger jederzeit das Material neuerdings der Staatsanwaltschaft zur Prüfung vorlegen kann und dass *dieselbe verpflichtet ist, von sich aus die Verfolgung aufzunehmen, sobald sie zur Einsicht gelangt, dass in der Tat ein ex officio zu verfolgendes Verbrechen begangen wurde.*

Erstere Konsequenz wird praktisch wohl kaum gezogen werden. Der einmal abgewiesene Kläger wird nicht mehr mit grossem Vertrauen zu dem Magistraten kommen, der die Anhandnahme seiner Klage schon einmal verweigerte. Die letztere hingegen dürfte allseitig zur Anerkennung gelangt sein.

Einlässliche Bestimmungen über das Verfahren nach erhobener Subsidiär-Privatstrafklage besitzt nur Tessin (Art. 73—76). Es geht daraus hervor, dass speziell die tessinische Privatklage ein Korrektiv ist in der Hand des Verletzten oder Geschädigten (parte civile), gegenüber einem unmotivirten Unterlassen oder Verlassen der amtlichen Strafverfolgung¹⁸⁾, wie dies ja wohl auch in den übrigen hieher gehörenden Kantonen zutreffen wird.¹⁹⁾

¹⁸⁾ Art. 73: „Se il procuratore pubblico non fa luogo al procedimento, deve notificarlo alla parte lesa. Questa, costituendosi parte civile, potrà, entro quindici giorni dalla ricevuta notificazione, inoltrare al giudice istruttore l'istanza di promuovere il processo.

Compita l'istruzione, il giudice istruttore ne informa la parte civile, la quale formulerà, se lo crede, la proposta di accusa, sulla cui ammissione decide la Camera dei ricorsi.“

Art. 74: „Se la parte civile, entro il termine di otto giorni, non formula la proposta di accusa, si ritiene abbandonato il processo ed il giudice istruttore trasmette gli atti alla Camera dei ricorsi per la eventuale condanna della parte civile nelle spese processuali.

La camera dei ricorsi può altresì condannare la parte civile nelle spese del processo, quando non ammetta la proposta di accusa da lei presentata.“

Art. 75: „Se dopo compita l'istruzione, il procuratore pubblico non trova di presentare atto di accusa, la parte civile ne sarà informata. Essa potrà entro otto giorni, proporre l'atto di accusa, sulla cui ammissione decide la Camera dei ricorsi.“

Art. 76: „Nei casi contemplati dagli articoli 73 e 75, quando sia ammesso l'atto di accusa, questo viene comunicato al procuratore pubblico *per gli ulteriori incumbenti del pubblico dibattimento.*“

¹⁹⁾ Vgl. Dr. Casimir Pfyffer, „Die Stellung der Zivilpartei im Polizeiprozess“ im Anhang zu seinem Kommentar, p. 221.

B. Beteiligung des Privaten als Nebenpartei.

§ 5.

Die Beteiligung des Verletzten und Geschädigten.

I. Die Beteiligung des sog. Privatstrafklägers am Strafprozesse geschieht auch in den Fällen subsidiärer Privatstrafklage in der Stellung der Hauptpartei; er ist dominus litis; im subsidiären Verfahren allerdings nur so lange, als nicht die Staatsanwaltschaft die Verfolgung aufnimmt. Nunmehr haben wir noch die Beteiligung des Privaten in der Rolle eines Nebenklägers zu betrachten.

Schon dann, wenn im Falle subsidiärer Privatstrafklage das staatliche Verfolgungsorgan die Klage seinerseits aufnimmt, wird der Private, der vorher Haupt- und alleiniger Kläger, gewissermassen dominus litis war, plötzlich aus dieser Rolle hinausgedrängt. Der Staat occupirt die vorher von ihm innegehabte Stellung; denn es handelt sich ja um Geltendmachung eines staatlichen und nicht absolut privaten Strafverfolgungsanspruches. Doch wird der Privatkläger nicht ganz und gar aus dem Verfahren hinausgedrängt, sondern gleichsam zur Belohnung für seine dem Staate geleisteten Dienste, bleibt ihm die Stellung eines Nebenklägers, einer strafprozessualen Nebenpartei, vorbehalten.

Ganz analog vollzog sich die Entwicklung des heutigen Zivilklägers aus dem früher rein privaten Verfolger. Da das Delikt nur als eine Verletzung privater Rechtsverhältnisse aufgefasst wurde, lag sowohl der aus einem Delikt entstehende Anspruch auf Bestrafung wie der Anspruch auf Ersatz des Schadens in ein und derselben Hand, in der Hand des Geschädigten und Verletzten. Daher war dieser im alten Accusationsprozesse alleiniger Kläger; er klagte nicht nur auf Schadenersatz, sondern auch auf Bestrafung, und letzteres in erster Linie. Damit war die Adhäsion von Zivil- und Strafklage eine gegebene. Der Inquisitionsprozess setzte an Stelle der Klage (accusatio), (zuerst nur insubsidium), die inquisitio, d. h. die Verfolgung ex officio.

Daneben dauerte aber die accusatio fort. Es hatte dies die Meinung, dass „accusare“ eben derjenige sollte, der sich mit dem staatlichen Einschreiten nicht begnügen wollte, sondern am Prozesse teilzunehmen begehrte, um ja sein Ziel zu erreichen. Welches konnte aber dieses Ziel sein? Das Recht auf Bestrafung, der Strafanspruch, war inzwischen an den Staat übergegangen; somit konnte der Accusator in der Hauptsache nur noch die Befriedigung des ihm gebliebenen Zivilanspruches im Auge haben.

Nun war aber die Stellung des Accusators eine ungemein missliche geworden. Drang er mit einer Anklage nicht durch, so erwartete ihn schwere Strafe, oft diejenige, die der Angeklagte ver-

wirkt haben würde, wäre er verurteilt worden.²⁰⁾ Aber nicht nur das; der Kläger wurde selbst mit dem Angeklagten eingesperrt. (Vgl. z. B. noch „Les Loix du Pays de Vaud“, IV. Tit., II. Loy²¹⁾). Alles war darauf berechnet, die accusatio ausser Gebrauch zu bringen und die inquisitio, die amtliche Strafverfolgungsform, zur regelmässigen zu machen. Bei solchen Repressalien gegenüber dem Accusator wäre es schliesslich kein Wunder gewesen, wenn auch der Verletzte, der seinen Zivilanspruch im Strafverfahren geltend machen wollte, die ungefährliche denunciatio der zweischneidigen accusatio vorgezogen hätte.

Die Erwägung aber, dass dadurch der Geschädigte, der doch früher Hauptpartei gewesen war, und somit in wirksamster Weise seine privaten Interessen im Strafverfahren verteidigen konnte, als Denunziant machtlos sei, führte dazu, für diesen ein Mittelding zwischen accusatio und denunciatio zu schaffen, und dieses Mittelding war die *Querela*.

II. Sie unterschied sich von der accusatio dadurch, dass sie wohl die Stellung und Rechte eines Accusators verlieh, aber den Querelanten mit den Nachteilen, denen der erstere ausgesetzt war, verschonte. Vgl. Clarus, recept. sent. lib. V, § fin. quaest. X, n. 2:

„Scias autem, quod haec querela multum differt ab accusatione, nam in accusatione *de jure requiritur sollemnis libellus et inscriptio*, ut dixi infra qu. 12, versi. Dixi quoque, sed modus ille procedendi, per viam sollemnis accusationis abiit prorsus in desuetudinem et loco accusationis successit hic modus querelandi. *Et ideo hodie per totam Italiam observatur quod libellus non datur, sed simpliciter sit quaedam scriptura, quae datur loco libelli et debet talis scriptura continere nomen accusatoris et accusati, et judicis, et criminis commissi, et quoque loco, anno et mense commissum fuerit nec non et diem dati ipsius libelli.*“

An Stelle der feierlichen Anklageakte, des libellus accusationis, trat also die einfache Klage, die in der Form kaum von einer blossen Denunziation verschieden war. Schliesslich wurde die Querel in dieser Form allgemein üblich an Stelle der accusatio:

²⁰⁾ Vgl. z. B. das sehr interessante Statut von Lugano, N. XLIII und LXVII., mitgeteilt in der Zeitschr. f. schweiz. Recht, N. F. Bd. XIII, p. 261 ff.

²¹⁾ Sie lautet folgendermassen: „Advenant que *plainte formelle* et clame criminelle se face par quelque personne contre un aultre, le chargeant de crime; *ils devront estre tous deux destenuz prisonniers*, jusqu'à ce que liquidation soit faicte notamment l'accusateur. Et instant sera tenu de verifier les faicts par luy proposez, à faute de quoy le Justicier prendra exacte et ample information et enquete de la vie fame et conversation de chascune des dictes partis et sur ce sera cogneu et ordonné par la Justice, comment l'on debvra proceder plus oultre envers icelles et singulièrement à l'endroit du coupable et tort ayent, le quel ne debvra estre relasché non obstant qu'iceluy voudroit donner caution suffisante.“

„Tu dic, id verum esse, si sumatur accusatio in forma solemni, prout de jure requiritur, sed certe hodiernis temporibus utique, *dici potest huius modi querelas subrogatas esse loco accusationis.*“ Clarus, ibid.

Den Kompetenzen nach behielt der Querelant die Stellung eines Accusators.

Aber nun kommt die Kehrseite! Lässt der Staat den Querelanten in alle Rechte eines Accusators eintreten, ohne die Einhaltung der schweren Formvorschriften der accusatio zu verlangen und ohne den Querelanten den Gefahren der accusatio auszusetzen, so beansprucht er auf der andern Seite auch etwas für sich, und das ist die Teilnahme am Verfahren. Accusatio und inquisitio, d. h. Privatstraf- und Officialverfahren gehen neben einander; sie konkurrieren. Vgl. Clarus V, quaest. III, n. 7:

..... „Nihilominus attenta hac generali consuetudine, unum ex istis duobus remediis, accusationis scilicet, et inquisitionis, *non facit cessare aliud, sed ambo simul concurrunt*, seu concurrere possunt, in principio, medio et fine totius iudicii criminalis. Et ideo, etiamsi iudex procedat ex officio pro aliquo delicto quando-cunque supervenit pars, quae velit querelare, semper admittitur, et e converso si pars ab initio querelat, non propterea cessat iudex ex officio accipere informationes, et examinare testes etiam non productos, neque subministratos a parte.“

Beide, Querelant und Inquisitor, arbeiten somit neben einander als ursprünglich gleichberechtigte Parteien. Doch ist dieser staatliche Beitritt zu der vom Querelanten angehobenen Verfolgung ebenso wenig ein notwendiger, wie der Anschluss des ersteren an die inquisitio.

Die weitere Entwicklung ist nun klar; sie zielt auf ein absolutes praedominium des Staates hin. Seine Teilnahme an der durch Querel eingeleiteten Strafverfolgung wird Norm; und *schliesslich wird sie zur Voraussetzung der Durchführung der Querel.* Damit ist der Querelant gleich wie der subsidiäre Privatkläger hinausgedrängt und auf die Stellung einer strafprozessualen Nebenpartei verwiesen.

Doch in Einem klingt seine Stellung noch an an die früher innegehabte prozessbegründende und leitende Macht, nämlich darin, dass die Querel sich erhält *als prozessbegründender Akt.* Der Richter ist nicht nur berechtigt, sondern geradezu verpflichtet, auf sie hin bereits zu inquiren; sie veranlasst ihn zur Anhebung und Durchführung der inquisitio generalis. Wenn aber dann der Richter seinerseits die Sache nicht weiter verfolgen will, so erlischt auch das Recht des Querelanten auf Strafverfolgung.

III. Das ist ungefähr der Standpunkt, den heute noch Appenzell A. Rh., Schwyz, Obwalden — wahrscheinlich auch Nidwalden —, ebenso auch Luzern und Zug einnehmen. Er erklärt es, dass der sog. „Privatkläger“ in diesen Kantonen in noch viel intensiverer Weise

als die französische Zivilpartei wirklicher Strafkläger, d. h. Nebenkläger ist und dass dieser „Kläger“ die Vornahme der ersten einleitenden Untersuchungshandlungen geradezu erzwingen kann.

Sehr hübsch beleuchtet die strafprozessuale Parteistellung dieses sog. „Klägers“ die Schrift *Dr. Casimir Pfyffer's: „Von der Stellung der Zivilpartei im Strafprozess“*, als Anhang zu seinem Kommentar zur Luzerner Strafprozessordnung, wo er auf pag. 218 folgendes ausführt:

„Die Zivilpartei kann sich mit der Anzeige (Denunziation) eines Kriminalverbrechens begnügen, oder kann das Begehren stellen *und darauf dringen*, dass eine Untersuchung eröffnet werde, *d. h. als Privatkläger auftreten.*“

„Allein er ist darauf beschränkt, die Untersuchung bei dem Amtsstatthalter, dem Staatsanwalte und der Kriminalkammer des Obergerichts nachzusuchen. Wird ihm die Untersuchung von den betreffenden Behörden wegen nicht genügender Begründetheit seines Verlangens verweigert (§ 19 des Strafrechtsverfahrens), so kann er auf dem Wege des Strafprozesses nichts mehr tun, sondern mag seine allfälligen Ansprüche auf dem Zivilwege verfolgen.“

„Ebenso verhält es sich, wenn eine auf erhobene Klage eröffnete Untersuchung wieder fallen gelassen wird.“

„*Nur die Staatsbehörde hat zu erwägen*, ob soviel Verdachtsgründe oder Beweismittel gegen eine Person vorliegen, dass sie wegen eines bestimmten Verbrechens in Untersuchung gezogen resp. die Untersuchung fortgesetzt werden soll.“

„Findet aber eine Untersuchung statt, so kann die Zivilpartei oder Privatkläger sich derselben anschliessen. Derselbe ist anzuhören, sowohl hinsichtlich seiner Entschädigungsforderung (§§ 164—172 des Strafrechtsverfahrens), *als auch hinsichtlich des Strafpunktes*, weil er auch hinsichtlich des letztern interessirt ist. Die Schuld des Beklagten bildet die Grundlage der Entschädigungsforderung des Privatklägers, mag er dieselbe schon im Strafprozesse geltend machen, oder dieselbe erst später vor dem Zivilrichter geltend machen wollen.“

..... „Weil die Zivilpartei in der Untersuchung sich der Staatsanwaltschaft anschliessen kann, wird ihr Kenntniss gegeben, wenn das Verhöramt die Untersuchung für erschöpft hält (§ 173 des Strafrechtsverfahrens), damit sie Einsicht von den Akten nehmen und Einwendungen gegen den Schluss derselben erheben kann.“

„*Die Zivilpartei kann sich der Rechtsmittel gleich dem Beklagten und dem Staatsanwalt bedienen* (§ 214 des Strafrechtsverfahrens). Allein das Recht der Zivilpartei ist in dieser Beziehung in etwas zu beschränken. Dasselbe kann sich nämlich *auf das Strafmass nicht ausdehnen* u. s. w.“

Betrachten wir nun die Stellung dieses sog. „Privatklägers“, des alten Querelanten näher, so finden wir ihm folgende Rechte zugestanden:

1. *Die Anhebung der Untersuchung zu verlangen.* Prägnant spricht dies die Appenzell A. Rh. St. P. O. in § 19 aus:

„Wird gegen eine bestimmte Person *Klage* auf ein Verbrechen oder Vergehen geführt, so muss, wenn auf derselben beharrt wird, das Strafverfahren eingeleitet werden und es ist das in § 14 bezeichnete Verfahren einzuschlagen.“

Vgl. damit Luzern § 19, Abs. 3:

„Bei einer vorliegenden förmlichen *Klage* hebt der *Amtsstatthalter* sofort die *Untersuchung* an, ausgenommen, es würde ihm dieselbe als durchaus grundlos erscheinen, in welchem Falle er sie mittelst eines motivierten Bescheides von der Hand weist.“ (Dem Kläger steht der Rekurs an die Anklagekammer offen.)

Schwyz § 34:

„Stellt der Angeber eine förmliche *Klage*, so ist sofort die *Untersuchung* einzuleiten. Sollte dessen ungeachtet der Bezirksammann der *Klage* keine Folge geben wollen, so hat der Kläger das Recht, den abschlägigen Bescheid motiviert abzuverlangen.“ Vgl. damit fast wörtlich übereinstimmend: Obwalden 4; Nidwalden 4.

2. *Einvernahme zu fordern.* Vgl. Luzern 164, 173; Appenzell A. Rh. 31, Abs. 2.

3. *Einsicht in die Akten zu verlangen.* Vgl. Schwyz 174; Appenzell A. Rh. 67; Zug 46; Luzern 173.

4. *Rechtsmittel zu ergreifen.* Luzern 214, Zug 81, Appenzell A. Rh. 80, Obwalden 133 (vide auch 79).

Der Kläger ist also nicht nur Zivilpartei im üblichen Sinne des Wortes als Adhäsionskläger, sondern förmliche strafprozessuale Nebenpartei. Er ist allein Partei, bis dass der Staat durch Anhandnahme der Untersuchung seine Absicht, der Prozedur sich anzuschliessen, kund gegeben hat, d. h. also in der Regel bis zum Momente, wo der Staat mittelst gerichtlichen Zwanges gegen den Angeschuldigten vorgeht.

Von diesem Momente an haben wir zwei Subjekte der Strafverfolgung, den privaten und den staatlichen Verfolger. Das Verhältnis zwischen Staat und Kläger wird nun analog demjenigen zwischen dem Staate und dem subsidiären Privatkörper (vgl. § 4, V), im Falle nämlich, dass der Staat sich dem letzteren anschliesst. Letzterer wird hier wie dort dominus litis, der Private Nebenpartei. Während aber der Staat sich der subsidiären Privatstrafklage nur anschliessen kann, nicht anschliessen muss, ist sein Anschluss im Falle der Querel *Bedingung* für die Weiterführung der vom Privaten eingeleiteten Verfolgung.

Damit wollen wir einstweilen die Betrachtung der Ausbildung der alten Querel in den deutschschweizerischen Kantonen beenden. Wir werden in § 6 sehen, dass sich in einigen Kantonen noch eine Art Popular-Querel ausgebildet hat. Es wurde nämlich in einer mit dem inneren Wesen der Querel im Widerspruch stehenden Ausdeh-

nung der Befugnis, als Querelant aufzutreten, auf jeden — auch auf den Unbeteiligten — ein Nebenkläger geschaffen, von dem niemand weiss, woher seine Legitimation stammt, es müsste denn das Miss-trauen des Volkes in seine Justiz eine genügende Empfehlung sein. Die Erörterung dieser „popularisirten“ Querel wird uns dann Gelegenheit geben, die näheren Details der Stellung des Querelanten zu erörtern. Was von dieser verallgemeinerten Nebenpartei gilt, gilt natürlich auch für den Verletzten und Geschädigten, der sich als Nebenpartei konstituiert.

IV. In den romanischen Ländern blieb die Rechtsentwicklung nicht dabei stehen, das Privatverfolgungsrecht *jedes* Geschädigten und Verletzten zwar auf ein Initiativ- und Beteiligungsrecht zu reduzieren, aber doch immerhin noch anzuerkennen. Ganz richtig wurde erkannt, dass das innere Motiv, das diese Personen veranlasste, die Beteiligung am Strafverfahren nicht aufzugeben, *nur ein materielles sein könne*, d. h. die Hoffnung, dadurch zuverlässiger zur Befriedigung ihrer *Ansprüche auf Entschädigung* zu gelangen. Darum stellten sie dieses materielle Interesse in den Vordergrund, und es räumten daher die romanischen Länder allmähig die Rechtsstellung des Querelanten nur noch demjenigen ein, der ein *zivils* Interesse am Strafverfahren hatte, damit entstand die „*partie civile*“. Aus dieser historischen Entwicklung dürfte meines Erachtens zu erklären sein, warum in den älteren französischen Strafprozessordnungen nur derjenige, welcher Querelant sein könnte, somit nur der durch das Delikt direkt Betroffene, sich als *partie civile* konstituieren kann (vgl. z. B. Wallis, Art. 33, Freiburg 278, und selbst noch Genf, Art. 76). Unbewusst dokumentieren damit diese Gesetze, dass ihre Zivilpartei, die doch nur mehr ihre Zivilansprüche und nur, soweit das Interesse der letztern es für angezeigt erscheinen lässt, *nebenbei* auch die staatlichen Straf-ansprüche *mitverficht*, hervorgegangen ist aus einem strafprozessualen echten Kläger, dem Querelanten. Die neueren Gesetze (so Waadt, Art. 98, und Neuenburg, Art. 160) stellen nun richtig das „*intérêt civil*“ als massgebenden Faktor für die Zulassung als Zivilpartei hin.²²⁾

Darin zeigt sich nun gerade der fundamentale Unterschied zwischen der *partie civile* nach französischer Auffassung und dem sog. Privatkörper (Nebenkläger) unserer deutschschweizerischen Kantone, *dass erstere notwendig und in erster Linie Zivilansprüche verfolgen muss, letzterer sich am Verfahren als Nebenkläger beteiligen kann, ohne im mindesten ein Zivilinteresse nachweisen zu müssen*.

Weil aber die *partie civile* aus einem echt strafprozessualen Kläger hervorgegangen ist, wird es erklärlich, dass sie Befugnisse besitzt, die über den Rahmen blosser Verteidigung der Zivilinteressen

²²⁾ Dagegen Italien St. C. P. P. Art. 109: „Ogni persona offesa o danneggiata da un reato può costituirsi parte civile in giudizio penale, benchè non abbia portato querela.“ Die „querela“ des italienischen Prozesses entspricht der französischen „plainte“, also „querelante“ gleich „plaignant“.

hinausgehen, dass auch sie, *wenn schon abgeschwächt*, strafprozessuale Nebenpartei ist. Namentlich gilt das für die italienische parte civile. Sehr hübsch schildert deren Stellung Saluto, comm. I, p. 449:

„Il querelante, infatti, si limita a presentare la querela restando del tutto estraneo alla procedura che ha provocata senza incorrere in alcuna responsabilità salvo il caso di calunnia; la parte civile chiedendo il resarcimento del danno sofferto, *somministra le prove in appoggio della sua pretesa*, discute gli elementi processuali, *è l'ausiliario attivo del Pubblico Ministero*, ed assume alcune volte anche il pagamento anticipato delle spese del giudizio.“

„Senza dubbio la parte civile ha una qualità giuridica, che non investe nè il semplice querelante, nè il semplice denunziante. Questi si fermano sulla soglia, *quella entra in causa*, questi remangono semplici spettatori, quella parla, discute, si batte coll' imputato, ha dei diritti e dei doveri, ed è appunto in forza di questa sua attività che esplica in giudizio, *che si considera come parte* e si chiama parte civile.“²³⁾

Noch entschiedener kommt diese Parteistellung im tessinischen Strafprozessgesetze zur Geltung. Es sagt Art. 72 über die Zivilpartei folgendes:

„La parte civile ha i seguenti diritti:

1. Può indicare al procuratore pubblico ed al giudice istruttore tutto ciò *che serve a convincere l'imputato o a dare fondamento alla pretesa di resarcimento*.

2. Può esaminare gli atti anche durante le informazioni preliminari ed il processo d'istruzione, quando non vi ostino motivi speciali.“

3. È citata al dibattimento, coll' avvertenza che non comparendo, il dibattimento seguirà nondimeno il suo corso.

4. Potrà rivolgere interrogazioni all' accusato, ai testimoni ed ai periti, e prende parte in genere al dibattimento nei limiti stabiliti dalla lege.“

Auf ähnlichem Standpunkte stehen auch Neuenburg, Art. 159 ff.; Waadt 257, 255, 352 u. s. w.; Genf 3, 76, 120, 156, 180 u. s. w.; Wallis 187, 33, 34; Freiburg 274, 278; Bern 288, 291, 295, 300 bis 304, 311, 313—319, 321, 323, 324, 336 etc.; Solothurn 94 bis 97, 228, 264, 303, 2, 365, 406 etc. (abgeschwächt); Zürich 773, 784, 874, 892, 996 u. s. w. (vgl. auch Mil. Str. Ordn. 178); Schaffhausen Str. G. B. 5.

Alle räumen der Zivilpartei auch strafprozessuale Parteistellung ein und begnügen sich nicht damit, dieselbe zu beschränken auf die Geltendmachung ihrer Zivilinteressen, wie es die andern Kantone

²³⁾ Zur Stellung der italienischen Zivilpartei in der Untersuchung. Vgl. auch: Cocito, „la parte civile nell' istruttoria scritta“ in *Serafinis* Jahrb. XXIV, p. 505 ff.

mit Adhäsionsverfahren tun. Mit Stooss stimme ich überein, wenn derselbe am Schlusse seiner Abhandlung über: „Beziehungen zwischen Strafklage und Zivilklage im Strafprozesse“, Zeitschr. f. schweiz. Strafr. III, p. 45, bemerkt:

„Die Verbindung zwischen Straf- und Zivilklage im Adhäsionsprozesse darf nur eine prozessuale sein; eine Vermischung der beiden Klagen in dem Sinne, dass der Zivilkläger an der Verfechtung der Anklage teilnimmt, widerspricht der Natur der Sache.“

Jedenfalls verträgt sie sich nicht mit dem Oficialprinzip, ebenso wenig wie die Teilnahme der Verletzten an der Strafverfolgung nach dem Recht der Urkantone.

Das Nähere über die strafprozessuale Stellung des Adhäsionsklägers nachzuweisen, gehört nicht in den Rahmen einer strafprozessualen Arbeit, und es mag diesbezüglich verwiesen werden auf die soeben zitierte Abhandlung von Stooss und namentlich auf Weiss: „Die Behandlung konnexer Zivil- und Strafsachen etc.“, Zürich 1893.

§ 6.

Die Beteiligung des Popularklägers.²⁴⁾

I. Wir haben in § 5 gesehen, wie sich der alte Querelant noch in einzelnen Kantonen als Nebenstrafkläger, sog. Privatk Kläger, erhalten hat. Nun bietet aber diese Privatklage ausserdem noch eine bemerkenswerte Eigentümlichkeit in den Kantonen Appenzell A. Rh., Ob- und Nidwalden, Luzern und Schwyz. Ob auch in Uri, lässt sich bei dem mangelhaften Material nicht nachweisen.

Es steht nämlich in diesen Kantonen die „Privatklage“ nicht nur dem Verletzten und Geschädigten zu, sondern Jedermann. Es geht dies hervor aus Art. 4 der schwyzerischen St. P. O.; dieselbe sagt:

„Jedermann ist berechtigt, Verbrechen und Vergehen bei dem Staatsanwalte, dem Bezirksammann, dem Gemeindepräsidenten und bei der Polizei anzuzeigen. Wer dagegen eine Klage erheben will, hat dieselbe beim Bezirksammann zu machen.“

Aehnlich scheint die Auffassung in Obwalden (Art. 4) und Nidwalden (§ 4) zu sein. Das Gesetz von Luzern sagt in Art. 16:

„Der durch ein Verbrechen oder Vergehen Geschädigte, oder sonst bei der Sache Interessirte, kann sich ebenfalls mit einer Anzeige (Denunziation) begnügen, oder eine förmliche Klage bei dem Gemeindammann oder unmittelbar beim Amtsstatthalter stellen.“

²⁴⁾ Zur Geschichte der Popularklage vgl.: Dr. Otto Opet, „Die Popularklage der Berner Handfeste etc.“, Zeitschr. f. schweiz. Strafr. VII, S. 15 ff.

Ganz unzweideutig drückt sich wiederum die St. P. O. von Appenzell A. Rh. aus, indem sie in § 19, Abs. 2, sagt:

„Bei Verbrechen und Vergehen, welche nur auf Antrag (§ 54 des Strafgesetzes) zu verfolgen sind, haben die Behörden erst dann einzuschreiten, *wenn die Klage von Seiten der dazu berechtigten Person geführt wird.*“

Damit ist zu vergleichen § 19, Abs. 1:

„Wird gegen eine bestimmte Person *Klage auf ein Verbrechen oder Vergehen geführt*, so muss“ etc.

Daraus ist eben zu entnehmen, dass eine Einschränkung der Befugnis, Klage zu erheben, auf den Geschädigten oder Antragsberechtigten nur gilt bei Antragsdelikten, während in allen andern Fällen jeder Beliebige klagen kann; somit liegt eben eine Popularklage vor.

II. Diese Popularklage ist aber nicht Privatklage; sie macht nicht einen privaten Rechtsschutzanspruch geltend, sie ist vielmehr eine Nebenklage, gerichtet auf Wahrung staatlicher Interessen. Die Klage hat zwei Seiten. Einerseits macht sie das Bestehen einer staatlichen Verfolgungspflicht geltend, sie *zwingt* die staatlichen Verfolgungsorgane, zu prüfen, ob die Voraussetzungen dieser Pflicht vorhanden sind. Andererseits ist die Klage gerichtet auf Beteiligung an dem einzuleitenden Officialverfahren, gewissermassen als Organ der Kontrolle und Aufsicht. Immer aber ist es ein staatlicher Strafanspruch, der geltend gemacht und durchgeführt wird, genau wie im Falle subsidiärer Privatklage. Hier wie dort ist der Private, sobald die Verfolgung von Staatswegen aufgenommen wird, Nebenpartei auf Seiten der Anklage; er kann aber, bis dies der Fall ist, als alleinige, als Haupt-Strafverfolgungspartei erscheinen. Es nennen daher auch Luzern 173, Obwalden 167, 169, Nidwalden 125, 127, Zug 46, den Popularkläger Privatkläger, während er in Appenzell A. Rh., entsprechend dem Fehlen des Staates in Gestalt einer Prozesspartei, kurzweg klägerische Partei genannt wird. (Vgl. §§ 35, 66, 68, 70, 74 etc.) Von der Privatklage unterscheidet sich aber diese Popularklage fundamental dadurch, *dass letztere nicht ohne Mitwirkung des Staates durchgeführt werden kann.* Tritt der Staat nicht bei, so hört die Verfolgung auf, er allein kann vor das erkennende Gericht weisen (Obwalden 13, Abs. 1, 74, Nidwalden 9, 56, Appenzell A. Rh. § 6, 1).

So nahe die Verwandtschaft zwischen dem Verfahren auf Grund subsidiärer Privatklage und demjenigen im Falle der Nebenklage nach §§ 4 und 5 ist, *sobald der Staat sich am Verfahren beteiligt* — eine Verwandtschaft, die zu vielfachen Verwechslungen führte — so sind doch beide Klagen grundsätzlich verschieden, indem:

- a. jene Privatklage *subsidiär* ist und somit die durch den Staat erfolgte Ablehnung der Officialverfolgung zur Voraussetzung hat, während umgekehrt die Nebenklage gerade dadurch bedingt

ist, dass *nicht* schon seitens des Staates die Strafverfolgung abgelehnt wurde; im ersten Falle ist der Staat der primäre Strafverfolger, im zweiten der Private;

- b. der Privatk Kläger geradezu entgegen dem Willen des Staates die Strafverfolgung durchführen will, der Nebenk Kläger dagegen seiner Teilnahme bedarf.

III. Darin stimmen aber wiederum beide Klagen überein, dass dem Privaten die freie Verfügung über den behaupteten Verfolgungsanspruch so lange zusteht, als nicht der Staat sich der Verfolgung anschliesst. Beide Kläger wünschen im Grunde genommen, dass dies geschehe, sie suchen eine staatliche Strafverfolgungspflicht zu beweisen, und in beiden Fällen existirt unstreitig die staatliche Pflicht sich anzuschliessen, sobald der Nachweis gelingt, dass Grund zur staatlichen Verfolgung vorhanden ist. Während aber der Privatk Kläger kämpft gegen das Misstrauen, das durch die bereits einmal erfolgte Ablehnung der Verfolgung notwendig entstanden ist, und somit regelmässig wenigstens die Untersuchung selbst durchführen muss, hat der Nebenk Kläger im Gegenteil das Vertrauen für sich. Er verbürgt sich ja durch die Uebernahme der Haftung für die Kosten gewissermassen für die Begründung seiner Klage. Der Staat führt daher in der Regel die durch Klage begehrte Untersuchung ohne weiteres durch, *und statt dass, wie es Luzern in § 19 vorsieht, schon der Untersuchungsbeamte die Verfolgung abweist*, tut dies in der Regel erst das Ober-Untersuchungsgericht, resp. die an dessen Stelle amtende Behörde. Daraus erklärt sich die vielfache Identifizierung dieser Nebenk lage mit einer echten Privatk lage, indem die Untersuchungsbeamten glauben, ihr Folge geben zu müssen, selbst gegen ihre eigene Ueberzeugung von deren Grundlosigkeit, ohne zu bedenken, dass sie damit die Verantwortlichkeit auf sich nehmen, weil es an ihnen gewesen wäre, die Klage abzuweisen.

Die Identifizierung von Privatk lage und Nebenk lage ist in der Praxis eine fast vollständige. Allgemein wird der Nebenk Kläger behandelt wie ein echter Privatk Kläger, ja die Verkennung der Stellung des letzteren geht sogar so weit, dass Obwalden (Art. 167) und Nidwalden (§ 125) ganz ruhig von einem „Privatk Kläger, auf dessen Betrieb die Untersuchung geführt wurde“, reden. Es weist dies klar darauf hin, dass eben der Nebenk Kläger die Durchführung der Untersuchung erzwingen kann (vgl. auch Appenzell A. Rh. § 16), ganz gleich, wie wenn er tatsächlich Privatk Kläger wäre. Ausserdem hat die Praxis die beiden Arten von Klagen noch mehr einander ähnlich gemacht dadurch, dass die Erhebung der Klage auch nach Ablehnung der offiziellen Strafverfolgung noch zugelassen wird. Mit andern Worten: will der Staat auf eingereichte Denunziation hin die Verfolgung nicht aufnehmen, so kann der Denunziant darauf „beharren“ (Appenzell A. Rh. § 19) oder dieselbe ausdrücklich verlangen (ibid. § 16), also klagen. Es hat dies in der Praxis zur Folge, dass die Untersuchung

nun weiter geführt wird, gleichsam, als geschähe sie auf Betrieb und Verantwortlichkeit des Klägers. Letzterer haftet denn auch selbstverständlich für die erwachsenen Kosten. (Obwalden 167, 169; Nidwalden 125, 127; Appenzell A. Rh. 73.)

Dass diese Auffassung falsch ist, leuchtet ohne weiteres ein; der „Kläger“ dieser Kantone ist *nicht* Privatk Kläger; wäre er es, so müsste ihm die Verfügung über das Ergebnis der Untersuchung zustehen. Davon ist aber keine Rede. Der Kläger hat nicht den geringsten Einfluss darauf, ob das Verfahren zu sistiren oder weiterzuführen sei. (Vgl. ausdrücklich Appenzell A. Rh. §§ 23 und 6,²⁵⁾ Obwalden 74 und 13, Abs. 1, Nidwalden 56 und 9.) Demnach ist es dem Wortlaut der Gesetze nach unrichtig, von einem Privatstrafverfahren zu reden, und unbillig ist es auch, den Kläger schlechthin zur Kostenvertröstung zu verhalten; denn im Grunde genommen hörte ja das Verfahren nie auf, Officialverfahren zu sein. Nur dann allerdings lässt sich die Kostenersatzforderung rechtfertigen, wenn dieser, entgegen dem Willen der staatlichen Verfolgungsorgane, auf der Weiterführung der Prozedur bestand.

Der „Kläger“ dieser Kantone ist und bleibt eben *Nebenkläger*. Dem Nebenkläger des § 435, Abs. 2, der D. Str. P. O. gleicht unser Nebenkläger aber nur dann, wenn die Erhebung der „Klage“ erst erfolgt, nachdem das staatliche Verfolgungsorgan von der Verfolgung abstrahiren will. Vgl. § Art. 16 von Appenzell A. Rh.:

„Liegen nicht genügende Gründe vor, die Sache aufzunehmen oder zu verfolgen, und wird dies vom Verzeiger nicht ausdrücklich verlangt, so kann die Verfolgung gänzlich abgelehnt oder sistirt werden.“

Freilich darf hervorgehoben werden, dass die Praxis es war, die diese nachträgliche Konstituierung als Partei erst aufbrachte; auch der oben zitierte § 16 von Appenzell A. Rh. bezog sich eigentlich nur auf das Verlangen der Untersuchung, das von *Anbeginn* an gestellt wurde, kann aber allerdings in dem oben erwähnten Sinne leicht interpretirt werden.

Während aber Voraussetzung der Konstituierung als Nebenpartei in Deutschland ein Gerichtsbeschluss, herbeigeführt vom Kläger ist, genügt bei uns die blosse Uebernahme der Kosten. Darin stimmen aber das deutsche und unsere Verfahren überein, dass der Kläger keineswegs dominus litis wird, sondern dass wiederum der Staat es ist, der über die Stellung vor Gericht entscheidet. (Vgl. Appenzell A. Rh. P. § 6, Ziff. 1, verglichen mit P. § 23, und D. St. P. O. § 173, verglichen mit § 168, Abs. 1, und § 196.)

²⁵⁾ Art. 23: „Eine Zurückziehung der Klage ist bei den in § 55 des Strafgesetzes (Antragsdelikte und Privatehrverletzungen) bezeichneten Fällen jederzeit, so lange noch keine Beurteilung, *bei den übrigen, so lange weder ein Gerichtsvorstand noch eine Voruntersuchung stattgefunden hat*, zulässig, jedoch unter dem Vorbehalte, dass gleichzeitig mit der Zurückziehung die allfällig auferlaufenen Kosten sofort gedeckt werden.“

IV. Die Popularklage ist also — dem Gesetze nach — keineswegs eine Privatklage, in ihrem praktischen Effekt kommt sie aber tatsächlich einer solchen gleich. Ganz unzweifelhaft ist dies für den Kanton Appenzell A. Rh. Tatsächlich kann dort Derjenige, welcher sich als Kläger konstituiert, nicht nur die volle Durchführung des Verfahrens erzwingen, sofern er nur für die Kosten aufkommt, sondern es wird ihm, entgegen dem klaren Wortlaut des Gesetzes, selbst die Befugnis eingeräumt, die erhobene „Klage“ — *und notabene eben nicht nur bei Antragsdelikten* — wiederum fallen zu lassen. Denn regelmässig schliesst sich der Staat dem Klagerückzug an.

Das Unhaltbare, ja geradezu Rechtswidrige einer solchen Justiz liegt auf der Hand. Weit davon entfernt, ein Korrektiv mangelhafter staatlicher Strafverfolgung zu sein, wie Gneist²⁶⁾ von der Popularklage hofft, ist dieselbe gleichbedeutend mit dem Ueberbordwerfen des in den Gesetzen so hochtönend proklamirten Officialprinzipes. Sie hat praktisch bewirkt, dass einerseits die staatliche Verfolgung saumselig war, wo sie glaubte, ein Einschreiten des Geschädigten erwarten zu dürfen, während anderseits die staatliche Justiz dazu dienen muss, dem Privaten zur Befriedigung persönlicher Rachegeleüste zu dienen.²⁷⁾

§ 7.

Anhang. Bedingtes Officialprinzip.

I. Im Nachtrag zur Erörterung der Ausnahmen vom Officialprinzip sei hier noch aufmerksam gemacht auf einige Fälle nur bedingter Anerkennung des Officialprinzipes. Als solche dürften schon die Antragsdelikte zu betrachten sein (vgl. § 3). Daneben gibt es aber in unserer schweizerischen Strafprozessgesetzgebung Delikte, bei denen in einzelnen Kantonen die Anhebung der Officialverfolgung *gebunden ist an die Zustimmung der Regierungsgewalt oder einer politischen Körperschaft. Dies sind einerseits die politischen Verbrechen und anderseits die Amtsdelikte.*

Es sagt nämlich nach dem Muster der Bundesstrafprozessordnung Art. 4:

„Bei politischen Vergehen tritt dieselbe (die Verfolgung) nur infolge einer vorläufigen Entscheidung des Bundesrates ein.“

Zürich § 767:

„Bei Einleitung von Strafprozessen, welche eine politische Bedeutung haben, hat die Staatsanwaltschaft so frühzeitig, als

²⁶⁾ v. Gneist, „Vier Fragen zur D. Str. P. O.“, Berlin 1874.

²⁷⁾ Es kann dies namentlich gesagt werden vom Verfahren von Appenzell A. Rh. Ein alter Untersuchungsrichter kennzeichnete dasselbe zwar etwas drastisch, aber leider nicht ohne Grund, indem er sich äusserte: „Unsere Strafjustiz ist die feile Dirne der Parteiwillkür.“

ohne Gefährdung der Prozedur geschehen kann, dem Regierungsrate über bereits getroffene Verfügungen Bericht zu erstatten und für weitere Massregeln die erforderlichen Aufträge zu verlangen.“

Solothurn § 108:

„Bei Anhebung von Strafprozessen wegen politischen Verbrechen oder Vergehen hat der Staatsanwalt, sobald er davon Kenntnis erlangt, über den Gegenstand der Anklage und die bereits erfolgten Verfügungen dem Regierungsrate Bericht zu erstatten und für die weiteren Massregeln die erforderlichen Weisungen zu verlangen.“

Luzern § 12:

„Wenn ein Strafprozess von politischer Bedeutung angehoben werden soll, so ist eine Weisung des Regierungsrates einzuholen. Die Amtsstatthalter haben den Fall der Staatsanwaltschaft anzuzeigen, welche dann die Weisung einholt. Ebenso wendet sich der Staatsanwalt an den Regierungsrat, wenn er von sich aus einen solchen Prozess anheben oder dazu Auftrag erteilen will.“

St. Gallen P. Art. 1, Abs. 4:

„Politische Prozesse dürfen nur auf sein (des Regierungsrates) Verlangen angehoben werden.“

Somit ist teils schon die Anhebung der Verfolgung wegen politischer Verbrechen, jedenfalls aber die Durchführung der Verfolgung, an die Zustimmung der Regierungsgewalt gebunden. Die Bestimmungen sind nicht unanfechtbar; aber der gute innere Grund ist ihnen doch nicht ganz abzusprechen, wenn man bedenkt, dass es nicht gut blutigen Untersuchungsbeamten — wie wir sie leider meist besitzen — überlassen werden darf, zu entscheiden, ob wegen einer an sich unbedeutenden Handlung der Apparat eines aufregenden, politischen Prozesses in Bewegung gesetzt werden soll.

II. Vielfach wird die Zulässigkeit einer Verfolgung eines in Ausübung amtlicher Funktion begangenen Deliktes an die Zustimmung der dem betreffenden Beamten vorgesetzten Behörden geknüpft. Muster war auch hierin wieder die Bundesgesetzgebung, nämlich die Art. 17, 18 und 41 des „*Bundesgesetzes über die Verantwortlichkeit der eidgenössischen Behörden und Beamten*“ vom 9. Dezember 1850.²⁸⁾

²⁸⁾ Art. 17: „Wenn Mitglieder des National- oder Ständerates eines Verbrechens oder Vergehens *bezüglich auf ihre amtliche Stellung* (Art. 1) angeschuldigt werden, so kann nur *durch Beschluss der Bundesversammlung* auf die in den Art. 20 bis 25 bezeichnete Art eine gerichtliche Verfolgung eintreten. In solchen Fällen steht demjenigen Rate, welchem das betreffende Mitglied angehört, die Priorität der Behandlung zu.“

Art. 18: „Die von *der Bundesversammlung* gewählten Behörden und Beamten sind derselben nach Inhalt dieses Gesetzes verantwortlich. *Nur sie* kann eine gerichtliche Verfolgung derselben wegen Amtshandlungen oder Unterlassungen, die sich auf die amtliche Stellung beziehen, beschliessen,

Der Sinn dieser Bestimmungen ist keineswegs der, die Entscheidung der Frage, ob eine Ueberschreitung resp. Verletzung der amtlichen Befugnisse stattgefunden habe, der dem Fehlbaren vorgesetzten Behörde vorzubehalten und damit das Urteil zu präjudizieren — trotz Zulassung der gerichtlichen Verfolgung kann der Beamte freigesprochen und dadurch eo ipso in seine Funktionen wieder eingesetzt werden (Art. 31 des zit. Ges.) — sondern es behält sich die vorgesetzte Behörde einfach das Recht vor, die Verantwortlichkeit für die betreffende Handlung zu übernehmen. Die Erhebung eines Strafanspruches ist damit ausgeschlossen, während die Haftung für den Zivilanspruch auf den Bund übernommen wird.²⁹⁾

Diese Bestimmungen sind von den meisten Kantonen übernommen worden; sie haben in der Hauptsache ganz analoge Verantwortlichkeitsgesetze erlassen. (Vgl. z. B. Bern, Gesetz über die Verantwortlichkeit der öffentl. Behörden und Beamten vom 19. Mai 1851, Verf. § 17; Luzern, Ges. über die Verantwortlichkeit etc. vom 20. November 1842, § 11; Freiburg, Ges. vom 5. Oktober 1850, Art. 14; Schaffhausen, Ges. vom 30. Mai 1854; Thurgau, Ges. vom 25. September 1851; St. Gallen, Ges. vom 25. November 1885; vgl. auch Waadt, Verf. Art. 67; Schwyz, Verf. § 17; Obwalden, Verf. § 20; Zug, alte Verf. von 1873, Art. 16; Solothurn, Verf. Art. 7; Basel-land, Verf. § 29.)

Auf die Details kann hier nicht weiter eingetreten werden; es genüge auf die sehr interessante Materie hingewiesen zu haben.

III. Zu erwähnen wäre endlich hier noch anhangsweise, dass nach Art. 1 des Bundesgesetzes über die politischen und polizeilichen Garantien zu Gunsten der Eidgenossenschaft, vom 23. Dezember 1851, die polizeiliche oder gerichtliche Verfolgung der Mitglieder der Bundesversammlung während der Sessionsdauer nur mit deren Zustimmung, und ebenso die Verfolgung von Mitgliedern des Bundesrates und des Bundeskanzlers, eidgenössischer Repräsentanten oder Kommissarien

und es sind daher alle derartigen Klagen gegen jene Behörden oder Beamten an die Bundesversammlung zu richten.“

Art. 41: „Kriminalklagen gegen Beamte über ihre amtlichen Funktionen sind beim Bundesrate anzubringen und können *nur durch Beschluss* desselben beim Bundesgerichte anhängig gemacht werden.“

„Verweigert der Bundesrat die Ueberweisung der Klage an das Bundesgericht, so steht dem Kläger die Beschwerdeführung über diese Verfügung bei der Bundesversammlung zu.“ (Art. 74, Ziff. 15 [jetzt Art. 85] der Bundesverfassung.)

²⁹⁾ Vgl. Ziegler, „Ueber die Haftung des Staates und der Gemeinden für Versehen und Vergehen ihrer Beamten“, Verhandlungen des schweiz. Juristenvereins 1888, S. 41 ff. Die zivilrechtliche Seite der Haftung aus Amtsdelikten ist dort einlässlich erörtert (S. 1—82); vgl. auch S. 141 ff., Ergänzungen und Ergebnisse der Diskussion.

nur unter Zustimmung des Bundesrates zulässig ist.³⁰⁾ Aehnliche Bestimmungen dürften sich auch in den kantonalen Gesetzgebungen bezüglich der Immunität der kantonalen Volksvertretung und Regierungen finden. Es kann hier aber nicht weiter dabei verweilt werden.

II. Kapitel.

Die Untersuchungs-„Gerichte“.

§ 8.

Einleitung.

I. Dem Inquisitionsprozess eigentümlich war das Fehlen besonderer staatlicher Organe, die ihre Tätigkeit ausschliesslich auf die Beibringung des zur Ueberführung des Angeschuldigten dienenden Beweismaterials konzentrierten und sich mit der rechtlichen Würdigung dieses Materials, d. h. mit der *Rechtsprechung* nicht befassten. Das Gericht war Verfolger und Richter in einer Person; eine gewisse, wenn auch praktisch nichtssagende, Teilung der Kompetenzen war nur insofern eingeführt, als das die Untersuchung führende Gericht nicht auch den formellen Spruch über den von ihm formell geführten Beweis fällte.

Dabei fand allerdings das Gericht eine gewisse Unterstützung an den Organen der Polizei, die direkt unter seinen Befehlen standen und die von ihnen ausfindig gemachten Verbrecher denunzierten und auch dem Gerichte überlieferten. Darüber siehe das Nähere in § 2.

Da somit das Gericht durch Jahrhunderte hindurch der Hauptträger der Strafverfolgung war, stellen wir es in der Behandlung der Subjekte der Strafverfolgung voran.

II. Der Inquisitionsprozess unterschied zwischen Untersuchungs- und Spruchgerichten. Letztere waren aber ebenfalls an der Untersuchung mitbeteiligt, indem sie über das Ergebnis und namentlich über die Vollständigkeit derselben zu entscheiden hatten.³¹⁾

Die eigentlichen Untersuchungsgerichte waren in der Regel die ordentlichen Untergerichte, welche zugleich mit der Zivilrechtspflege, wie auch mit Polizei- und Administrativgeschäften belastet waren. Meist übte bei diesen Gerichten nur ein Richter, der sog. Inquirent, die Gerichtsbarkeit im einzelnen Falle aus. Selten, und wohl nur

³⁰⁾ Ueber die Ausdehnung der Art. 1—6 des Garantiegesetzes auf die Mitglieder des Bundesgerichtes vgl.: „Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege“ vom 22. März 1893, Art. 15, Abs. 2.

³¹⁾ Vgl. Planck, S. 66.

in der Spezialuntersuchung, funktionirte eine ganze Abteilung, eine Kammer, die Untersuchungskommission des betreffenden Gerichtes.

Der Inquirent, resp. die Untersuchungskammer, schritt von Amtswegen ein und leitete die ganze Untersuchung, und dies meist ohne weitere Kontrolle. In den Händen des Inquirenten blieb die Untersuchung entweder nur bis zum Abschluss der Generaluntersuchung, falls zwei Untersuchungsstadien vorgeschrieben waren, oder dann überhaupt bis zur Uebersendung der Akten ans Spruchgericht. Letzteres war das dem Untersuchungsgericht auch in Zivilfällen übergeordnete Gericht höherer Instanz, das Obergericht. Wir sehen dabei von der üblich gewordenen Versendung der Akten an irgend eine Juristenfakultät, statt ans übergeordnete Gericht, ab.

Das Obergericht hatte zu entscheiden, ob die Akten vollständig seien — also formelle Nachprüfung der Beweise — und fällte dann den Urteilsspruch. Da wo eine Spezialuntersuchung vorgeschrieben war, überwies es den Fall in dieselbe.

Die Spezialuntersuchung wurde in der Regel vom gleichen Inquirenten geführt; manchmal aber auch von einer Kommission desselben Gerichts, also dann von einem erweiterten Kollegium, wenn bereits die Generaluntersuchung von einer Kommission geführt wurde. Oefters wurde auch ein anderes kollegialisches Gericht unterer Ordnung damit betraut. Eine andere, speziell auch bei uns angewendete, Kombination ging dahin, dass die Spezialuntersuchung von dem Gesamtgericht, dem der Inquirent angehörte, beschlossen wurde; dieses bildete somit die übergeordnete Instanz für seinen Inquirenten.

In allen Fällen aber war es der Inquirent, resp. das inquirende Kollegium, das vollständig selbständig die Untersuchung durchführte, während das Obergericht über Vollständigkeit der Akten entschied, die Spezialuntersuchung anordnete und den Spruch fällte.

III. Der Accusationsprozess musste hierin natürlich eine grosse Umwälzung bringen. Die Strafverfolgung und Sammlung des Belastungs- und Beweismateriales ist nicht mehr Sache des Gerichtes, sondern eines besonderen Strafverfolgungsorganes, normal der Staatsanwaltschaft. Die *Beweiserbringung* geschieht nicht mehr vor dem Untersuchungs-, sondern vor dem Spruchgericht. Damit bildet sich ein scharfer Gegensatz zwischen den beiden aus. Das Spruchgericht wird präponderirend, denn dort erst findet die eigentlich richterliche Tätigkeit, die Feststellung und rechtliche Würdigung der Beweise statt. Vor dem Spruchgerichte wird in öffentlich-mündlicher und kontradiktorischer Verhandlung die Hauptuntersuchung geführt; dem früheren Untersuchungsgerichte erster Instanz verbleibt im wesentlichen nur noch die Generaluntersuchung.

Aber selbst aus dieser Stellung wurde das Untersuchungsgericht erster Instanz zum Teil verdrängt. Dem klaren Prinzip des Accusationsprozesses gemäss bedeutet die sog. Untersuchung keineswegs richterliche Beweiswürdigung, sondern blosser Sammlung der Indizien

zwecks Erhebung der Anklage vor Gericht. Dieselbe wird von der Staatsanwaltschaft erhoben; daraus ergibt sich von selbst, dass die Verfügung über das von der gerichtlichen Polizei eingeleitete Verfahren der Staatsanwaltschaft zustehen muss. Somit wird die Untersuchung nur zur Stützung der Anklage geführt, keineswegs als beweismächtigendes und bereits — de facto wenigstens — Recht wirkendes Prozessstadium. Von selbst ergibt sich daraus, dass die Führung der accusatorischen Untersuchung ebenso gut, ja besser einem Organe der gerichtlichen Polizei übertragen werden kann, wie dem Richter, und dass, wenn doch die richterliche Führung der Untersuchung beibehalten wird, diese Untersuchung dennoch ihre Bedeutung als Stadium richterlicher Beweismächtigung verliert, dass mit einem Worte, der Richter eine ihrem Ziele nach ausschliesslich gerichtspolizeiliche Untersuchung leitet. Unsere erste Aufgabe ist demnach, zu prüfen, ob die Untersuchung in unsern Kantonen eine gerichtliche geblieben sei oder ob wir sie — auch trotz Leitung durch einen Richter — als eine gerichtspolizeiliche erklären müssen (siehe § 10).

IV. Wesentlich anders gestalteten sich die Schicksale der zweiten Art richterlicher Beteiligung an der Voruntersuchung, nämlich der (oberrichterlichen) Beschlussfassung über die Vollständigkeit der Untersuchung resp. der Akten, und namentlich über die Einleitung der inquisitio specialis. Diese letztere ist nun aber im accusatorischen Verfahren verschwunden, richtiger, sie ist aufgesogen worden von der Hauptverhandlung. Die gesamte accusatorische Voruntersuchung ist demnach nicht viel anderes, als die inquisitio generalis des Untersuchungsprozesses. *Die Beschlussfassung über Versetzung in Anklagezustand würde somit im Grossen und Ganzen der früheren Beschlussfassung über die Verhängung der Spezialuntersuchung entsprechen.*

Die Notwendigkeit vorläufiger Prüfung des durch die Generaluntersuchung erbrachten Belastungsmateriales seitens des Obergerichtes entsprang wesentlich zwei Erwägungen. Sie ging hervor:

- a) Aus der allgemeinen Oberaufsicht, die das Spruchgericht über den Inquirenten ausübte; denn die Untersuchung wurde im Namen und zu Händen des Spruchgerichtes geführt. Es vertrug sich diese Oberaufsicht ganz wohl mit der dem Inquirenten in *Ausübung* seiner Untersuchungsbefugnisse gewährten Selbstständigkeit. In *allen Fällen* mussten aber die Akten an das Obergericht gelangen; *nur dieses konnte die Einstellung des Verfahrens anordnen.*
- b) Aus der Wahrung der Interessen des Angeschuldigten, um nicht vorschnell und unmotiviert den folgeschweren Schritt der Anordnung der Spezialuntersuchung gegen den Inculpaten zu machen. Darum auch die Ausbildung der Rechtsmittel pro avertenda inquisitioni speciali.³²⁾ Demnach wäre aber der Fall nur dann

³²⁾ Meyer, De defens. pro avert. spec. inquis., Lipsiae 1738.

dem Obergerichte vorzulegen gewesen, wenn die Einleitung der Spezialuntersuchung seitens des Inquirenten beantragt worden *wäre*.

Für den reinen Accusationsprozess fällt das erste Moment ohne weiteres weg. Da die Untersuchung nicht bereits Ausfluss der Gerichtsbarkeit ist, sondern erst staatliches Sichvergewissern, ob der gegen eine bestimmte Person vorliegende Verdacht hinreichend begründet sei, um gegen die letztere öffentliches Anklageverfahren einzuleiten, so wird auch die eigentliche Rechtsprechung noch in keinerlei Hinsicht von der Voruntersuchung befasst, *und somit ist auch die Strafverfolgungsbehörde von sich aus befugt, die Untersuchung in jedem Stadium derselben einzustellen, ohne das Gericht deshalb begrüßen zu müssen.*

V. Anders verhält es sich mit dem zweiten Moment. Die Gründe für die Erhaltung der Vorprüfung der Anklage sind noch dieselben. Noch heute mag die vorläufige Prüfung des Anklagematerials auf dessen Kraft, die Ueberzeugung von dem Vorliegen eines von der angeschuldigten Person begangenen Verbrechens zu erbringen, geboten sein; geboten, um nicht ungerechtfertigt den Angeschuldigten zu zwingen, einen so ernsten Kampf um seine ganze bürgerliche und moralische Existenz aufzunehmen.

Doch ist diese vorläufige Prüfung nicht ein unentbehrliches Requisit. Da dasselbe Schutz des Angeschuldigten bezweckt, *so sollte seine Anwendung auch nur dann erfolgen, wenn dieser es verlangt.*

Weil der Anklageprozess dem urteilenden Richter die Kenntnissnahme von den Akten, wie von den Ergebnissen der Untersuchung überhaupt, versagt, so kann die vorläufige Prüfung nicht erfolgen durch das zum Urteilen im konkreten Fall berufene Gericht; es muss dieselbe vielmehr erfolgen durch ein in der Sache weiter nicht beteiligtes Gericht. Weil aber dieses Gericht, bei richtiger Auffassung der accusatorischen Prinzipien, nicht über die Untersuchung als solche, sondern darüber, ob eine Anklageerhebung im einzelnen Falle gerechtfertigt sei (vgl. das „true bill“ der englischen Anklage-Jury), statuiert, *so ist dieses Gericht nicht mehr Untersuchungsgericht, sondern Anklagegericht.*

VI. Als weiteres Ziel unserer Untersuchungen über die Untersuchungsgerichte ergibt sich somit die Prüfung der Schicksale des Untersuchungsgerichtes zweiter Instanz in den kantonalen Gesetzen und dessen Verhältnis zum eigentlichen Untersuchungsamt (vgl. §§ 11—13). Dabei wird also namentlich in Erörterung zu ziehen sein, ob das dem Untersuchungsamte vorgesetzte Organ noch zu betrachten sei als das, wenn auch modifizierte frühere Untersuchungsgericht zweiter Instanz, oder ob dasselbe mit jenem keineswegs mehr identisch, sondern das Analogon zur englischen „Grand Jury“ sei.

Wir gruppieren dabei die Kantone nach den drei Hauptformen, die uns im Strafverfahren des 19. Jahrhunderts begegnen. Es sind dies gleichsam Etappen auf dem Uebergang vom alten Inquisitionsprozess zum accusatorischen Verfahren:

1. *Etappe*: Beibehaltung der inquisitorischen Untersuchung, aber öffentliche Schlussverhandlung vor dem erkennenden Gericht. Letztere ist aber *nicht* mündliche Beweisreproduktion; die *Beweisführung* geschieht ausschliesslich in den Akten, sie ist noch *rein inquisitorisch*. Dies ist der Standpunkt von Uri, Schwyz, Ob- und Nidwalden, Appenzell A. Rh., Appenzell I. Rh., Schaffhausen und Wallis.

2. *Etappe*: sogen. reformirtes Verfahren. Die inquisitorische Untersuchung wird beibehalten; dabei aber accusatorische Hauptverhandlung mit mündlicher Beweisreproduktion. Somit geschieht die *Beweisführung sowohl inquisitorisch als accusatorisch*. Hieher gehören St. Gallen, Graubünden, Glarus, Luzern, Freiburg, Zug und Bern.

3. *Etappe*: Auch in die Untersuchung dringen accusatorische Grundsätze ein, sie braucht nicht mehr notwendig vollen Beweis zu erbringen. Die *Beweisführung* geschieht *nur accusatorisch* in der öffentlichen Hauptuntersuchung vor dem erkennenden Gericht. Dies gilt für die Kantone Solothurn, Aargau, Thurgau, Zürich, Baselstadt, Baselland, Waadt, Neuenburg, Genf und Tessin.

Dabei ist allerdings zu bemerken, dass keine unserer Strafprozessordnungen, so wenig wie überhaupt ein kontinentales Strafprozessgesetz, die Konsequenzen accusatorischer Strafverfolgung vollständig gezogen hat; immerhin dürfen wir das Verfahren der Kantone in Gruppe 3 accusatorisch nennen, in Rücksicht auf das entschiedene Vorwiegen accusatorischer Elemente in demselben.

Weiter muss hervorgehoben werden, dass die Zuteilung der Kantone zu den einzelnen Gruppen ausschliesslich in Berücksichtigung des Verfahrens in Kriminalfällen erfolgte. Vielfach ist das Verfahren in korrektionellen Sachen ein auf anderen Prinzipien beruhendes, zumal in den deutschen Schwurgerichtskantonen. In der Regel datirt das Verfahren bei Vergehenfällen um eine Etappe weiter zurück, d. h. statt ausschliesslich auf Grundlage der öffentlichen und mündlichen Beweisverhandlung wird in der Hauptsache auf Grundlage der Akten mit entweder bloss fakultativer oder doch reduzierter Reproduktion der Beweismittel entschieden. Um die Darstellung nicht unmässig zu komplizieren, glaubte ich aber diese Unterschiede hier ausser Betracht lassen zu müssen, zumal sich dieselben in der Untersuchung kaum bemerkbar machen. Wo die Abweichungen von prinzipieller Bedeutung sind, ist aber immerhin darauf hingewiesen.

VII. Wenn in den nachfolgenden Paragraphen die Rede ist von dem Mass gerichtlicher Beteiligung an der „Untersuchung“, so denken wir uns diese Untersuchung als ein einheitliches Prozessstadium vom Beginn der Verfolgung an bis zur Ueberweisung des Falles ans erkennende Gericht. Oft tritt uns auch tatsächlich die Untersuchung als ein einziges Stadium entgegen, oft aber begegnen wir in derselben zwei Stadien, von denen erst das zweite den Namen Untersuchungsstadium mit Recht beanspruchen kann. Es mag von Vorteil sein, diesen Unterschieden zuerst näher zu treten, bevor wir uns auf die

weiteren Erörterungen über das Wesen der Untersuchung einlassen; wir tun dies, indem wir denselben in nachstehendem Paragraphen „Ein- oder Mehrgliedrigkeit der Untersuchung“ eine kurze Darstellung der Untersuchungsgliederung vorausschicken.

§ 9.

Ein- oder Mehrgliedrigkeit der Untersuchung.

I. Der Inquisitionsprozess hatte, wenn auch nicht durchgängig, eine Gliederung der Untersuchung in die *inquisitio generalis* und die *inquisitio specialis*. Erstere wurde schon zur Zeit der reinen Inquisitionsmaxime häufig von einem Polizeibeamten geführt.³³⁾ Für den Inquisitionsprozess war die Trennung auch insofern gerechtfertigt, als eben in der Hauptuntersuchung die eigentlich richterliche Tätigkeit der Rechtsprüfung sich abspielte. Wie an anderen Orten, so ist auch in der Mehrzahl unserer Kantone die Zweigliedrigkeit der Untersuchung beibehalten worden. Freilich geht die Praxis ganz entschieden darauf aus, diese Trennung zu verwischen. Daher erklärt sich auch die Tatsache, dass an dem später zu erwähnenden Juristentage der Referent für Bern erklärte, dass in seinem Kanton das Verfahren ein eingliedriges sei, obgleich das Berner Gesetz ein unmittelbares Eingreifen des Untersuchungsrichters offenbar ausschliesst. Da das Ermittlungsverfahren in den verschiedenen Kantonen von höchst wechselndem Umfange ist, und somit diesbezüglich ein Massstab nicht gefunden werden kann, müssen wir als Kriterium für die Entscheidung der Frage, ob die Untersuchung ein oder mehrgliedrig sei, die Tatsache nehmen, ob die eigentliche Untersuchung gleich mit Aufnahme der Strafverfolgung beginnt oder nicht, resp. ob der Untersuchungsbeamte direkt die Strafverfolgung aufnehmen kann oder nicht.

Nachstehende Tabelle (S. 41) gibt uns eine Uebersicht über die Kantone mit mehrgliedrigem Verfahren und über die in den einzelnen Stadien in Aktion tretenden Beamten.

Wir haben uns zu fragen: ist diese Gliederung des Verfahrens rationell? ist sie notwendig? verträgt sie sich überhaupt mit den Prinzipien des Accusationsprozesses? Die Frage wurde vor langem schon vom schweizerischen Juristenverein erörtert³⁴⁾, und damals schon sprach sich die Versammlung überwiegend gegen eine Gliederung der Untersuchung aus. Wir müssen sagen:

II. *Die Gliederung ist irrationell.* Das Strafverfahren verlangt vor allem Raschheit, Promptheit, Kürze. Je schneller der Delinquent erfasst und dem Richter überliefert wird, um so besser, um so grösser das Ansehen der Justiz. Die Gliederung der Untersuchung ist aber der grösste Feind der Raschheit und Kürze. Zwei Arbeiter bewältigten

³³⁾ Vgl. Mittermaier I, S. 139.

³⁴⁾ Am 17. Sept. 1863, vgl. Zeitschr. für schweiz. R., Bd. XII, p. 4 ff.

Kantone	Voruntersuchung, geführt durch:	Hauptuntersuchung, geführt durch:
Bern	Regierungsstatthalter	Untersuchungsrichter
Luzern*)	Amtsstatthalter	Verhörriechter
Uri	{ Bezirksammann Landammann Staatsanwalt }	Verhörriechter
Schwyz	Bezirksammann	{ Bezirksverhörriechter Kantonsverhörriechter }
Obwalden	Landammann	Verhörriechter
Nidwalden	Landammann	Verhörriechter
Glarus	Polizeivorsteher d. Gem.	Verhörriechter
Zug	Polizeidirektion	Verhörriechter
Freiburg	Oberamtmann	Untersuchungsrichter
Baselstadt	Polizeidirektion	Untersuchungsrichter
Baselland	Bezirksstatthalter	Obergerichtsschreiber
Schaffhausen . . .	Polizeidirektion	Verhörriechter
Appenzell A. Rh.	{ Polizeidirektion Gem.-Vorunters.-Amt }	Verhörriechter
Aargau	Bezirksammann	Untersuchungsrichter
Thurgau*)	Bezirksstatthalter	Verhörriechter
Tessin	Staatsanwalt	Untersuchungsrichter
Genf**).	Staatsanwalt	Untersuchungsrichter
Wallis	Président du tribunal	Commission d'instruction

*) Gilt nur für die Untersuchung in Verbrechensfällen (Zweigliedrigkeit; für Luzern ist dieselbe übrigens jetzt beseitigt).

**) Gilt nur für die Fälle von délits flagrants. In allen übrigen Fällen schreitet zwar der juge d'instruction erst auf staatsanwaltliche Requisition ein, aber die Staatsanwaltschaft führt keine formelle Voruntersuchung. (Art. 31.)

nacheinander eine und dieselbe Arbeit, die viel leichter, viel rascher von einem allein getan werden könnte. Die Untersuchung zu führen ist eine schwere und nicht so leicht zu erlernende Kunst, kein Handwerk, das nach bestimmten Schablonen betrieben werden kann. Objekt der Untersuchung ist eben nicht ein lebloses Wesen, das immer und immer dieselben Formen zeigt, sondern es ist der Mensch, dieses Proteus-Geschöpf mit immer wechselnden, immer neuen Physiognomien, neuen Charakter- und Geistes-Eigentümlichkeiten. Dieses Objekt will und muss studirt sein, den individuellen Eigentümlichkeiten muss individuell entgegengetreten werden. Ein ganzer Feldzugsplan muss überdacht und entworfen werden.

In dieses Stadium, in diesen individuell entworfenen Feldzugsplan kann aber niemand ohne weiteres eintreten. Der neue Kämpfer braucht Zeit, kostbare Zeit, sich hineinzuarbeiten; meist wird er einen eigenen Plan aufstellen, und so vergeht eben die schönste Zeit damit, bis der zweite Untersuchungsbeamte nur soweit ist, wie der

erste, und nun weiter arbeiten kann. *Formell* kann freilich der zweite das Protokoll da weiter führen, wo der erste aufgehört hat.

Zudem lässt sich eine Grenze zwischen beiden Stadien gar nicht festhalten. Soll das erste Stadium nur ein kurzes sein, so sinkt sein Wert allmähig auf null, weil der erste Beamte gar nicht einmal die Arbeit recht anpacken will, weil er ja doch weiss, dass sie ihm im nächsten Augenblick schon aus der Hand gerissen werden wird. Soll dagegen das erste Stadium lang sein, so dehnt es sich naturgemäss so aus, dass für das zweite nichts mehr zu tun bleibt. Nun will der erste Untersuchungsbeamte arbeiten, aber er will auch das Angefangene fertig machen. So kommt es dann, dass auf Grund seiner Arbeit ebensogut, wie die Hauptuntersuchung, die Hauptverhandlung eingeleitet werden könnte. War also im ersten Falle das Ermittlungsverfahren unnütz und Zeitverschwendung, so ist dies im zweiten Falle die eigentliche Untersuchung. Wohlverstanden: es gilt dies aber nur für ein accusatorisches Verfahren!

III. *Die Gliederung des Verfahrens ist nicht notwendig.* Faustin Hélie sagt in seinem traité etc., vol. III, § 1:

„La procédure criminelle, en effet, a trois périodes distinctes; elle se compose de trois séries d'actes, différents dans leur nature quoiqu'ils tendent au même but.“

„Dans la première, elle recherche les traces du crime ou du délit, les agents qui l'ont commis, les éléments de l'instruction.“

„Dans la deuxième, elle apprécie le caractère legal du fait, elle rassemble les indices et les preuves, elle déclare, s'il y a lieu de mettre en prévention les agents, elle fixe la juridiction compétente.“

„Dans la troisième enfin, elle amène les agents, accusés ou prévenus à l'audience du juge; elle assure, par ces solennités le libre développement de l'accusation et de la défense, elle entoure le jugement de toutes les formes qui sont la garantie de la justice.“

„Ces trois phases de procédure, qui constituent dans la langue du droit, la police judiciaire, l'instruction et le jugement, ont à la fois une mission spéciale et un but commun; leur mission spéciale est de fournir successivement les éléments de la poursuite, de l'accusation et du jugement; leur but commun est de préparer la décision, qui statue sur l'action. La police judiciaire recherche les premiers éléments de l'instruction; l'instruction caractérise les faits et réunit les preuves qui doivent servir au débat, enfin le débat apprécie les preuves et les faits et conduit au jugement.“

Er gibt damit als Grund der Gliederung die Notwendigkeit eines Untersuchungsstadiums an, in dem die Beweismittel, wie die Tat rechtlich gewürdigt würden. Auch Herr Baldinger motivirte am erwähnten Juristentag sein Votum für Beibehaltung der Gliederung des Untersuchungsverfahrens damit, dass auf die Epoche raschen

Handelns, schneidigen Drauflosgehens, notwendig eine Zeit ruhiger Erwägung und unbefangener Würdigung folgen müsse. Es sei notwendig, so meint er, dass die Untersuchung einem nüchtern prüfenden, sachlichen und unparteiischen Organe übergeben werde.

Es hat dies aber nur seine bedingte Richtigkeit. Dass im ersten Anlauf über das Ziel hinausgeschossen werden kann, sei ohne weiteres zugegeben. Aber ist es denn ausgeschlossen, dass diese nüchterne Ueberlegung und ruhige Würdigung sich nicht auch wieder einstellen werde bei demjenigen, der die Untersuchung einleitete? Im Gegenteil, es muss dies notwendig der Fall sein, da ja der Untersuchungsbeamte allein die ganze schwere Verantwortlichkeit trägt. Mit vollem Recht erblickt der Verfasser des tessinischen Gesetzes in dem Umstande, dass er die gesamte Verantwortung dem Staatsanwalte überband, die sicherste Gewähr dafür, dass derselbe die Strafverfolgung nicht übereilt und unbesonnen ausübe.³⁵⁾

Nur *ein* juristisch bedeutsamer Grund lässt sich für die Beibehaltung der beiden Untersuchungsabschnitte geltend machen und dies auch nur dann, wenn die Voruntersuchung in den Händen der Polizeibehörden ist. Es ist die Notwendigkeit, in der Hauptuntersuchung Akte vorzunehmen, die als richterliche zu betrachten sind, wie Augenscheinsaufnahmen, Hausdurchsuchungen, Anordnung von Sicherheitsverhaft etc. Man kann mit gewissem Rechte sagen, es gehe nicht wohl an, dass derjenige Beamte, der dem Angeschuldigten als Verfolger gegenübertritt, plötzlich die Maske wechsle und nun als unparteiischer Richter statuere. Nun ist aber zu bemerken, dass der Grund, warum die angedeuteten Handlungen als richterliche betrachtet werden, zu suchen ist entweder in der vom Richter anzuwendenden Solemnitätsform, wie bei Hausdurchsuchungen, Augenscheinen — die dann ihrerseits die Urkundsbefugnis garantirt — oder aber darin, dass in der betreffenden Handlung ein Rechtspruch liegt, der über bestimmte Begehren entscheidet, wie bei der Beschlagnahme, der Anordnung der Sicherheitshaft. Weil die Handlung aber Rechtspruch ist, sagt man, so müsse sie von einem völlig unparteiischen Organe, also von einem Richter, vorgenommen werden.

Was nun den erstern Grund anbetrifft, so ist zu sagen, dass die sog. richterlichen Solemnitätsformen, wie Beiziehung eines beidigten Protokollführers und Zuzug von Urkundspersonen, ebenso gut eingehalten werden können von jedem staatlichen Beamten, wie vom Richter. Die Einhaltung der gesetzlichen Formen gibt ja den gerichtlichen Akten erst die öffentliche Beweiskraft. Ein Augenscheinsprotokoll, das allein vom Richter ausgefertigt und von Niemandem weiter beglaubigt ist, wäre ebenso wenig beweiskräftig, wie das private Protokoll des Staatsanwaltes über seine Augenscheinsaufnahme. Beiden Protokollen käme nur die Wertung amtlicher Zeugenaussagen zu.

³⁵⁾ Colombi und Gabuzzi, De la révision du code de procédure pénale tessinoise; Zeitschr. f. schweiz. Strafr. II, 376.

Bezüglich des andern Grundes aber muss daran erinnert werden, dass in keiner unserer Strafprozessgesetzgebungen der Untersuchungsrichter unparteiisches Organ ist, sobald derselbe nicht mehr überblosse *petita* von Ankläger und Angeklagten entscheidet, sondern selbst die Untersuchung und damit die Strafverfolgung führt. Sehr hübsch wird dies von Hélie, vol. III n. 55, zugegeben:

„Cependant la loi attribue à ce magistrat (au juge d'instruction) un double caractère, il est juge d'instruction et *officier de police judiciaire*.“

„Le juge d'instruction a la plénitude des pouvoirs de la police judiciaire. Les autres, même le procureur impérial ne les exercent que dans de certains cas, avec de certaines limites, et en vertu d'une délégation spéciale de la loi. Le juge les exerce en vertu de l'autorité qui lui est propre, en vertu de sa fonction judiciaire, dans les cas où la juridiction ordinaire est compétente et ne s'arrête qu'aux limites qui sont marquées au pouvoir judiciaire lui-même.“

„En effet, chargé comme juge d'instruction de procéder à tous les actes d'information que nécessite la poursuite des crimes et des délits, *il recherche les traces de ces infractions, il en rassemble les preuves, il en saisit les auteurs. Or qu'est-ce que fait la police judiciaire, si ce n'est de concourir aux premiers actes de cette information? Le droit de la police judiciaire est donc contenu dans le droit du juge. Tout ce que font les officiers de police judiciaire en vertu d'une délégation spéciale, il le fait en vertu de son office. S'il pouvait être partout présent, ses auxiliaires qui ne font que le suppléer, seraient inutiles. La loi ne lui a donc pas attribué un pouvoir nouveau en le plaçant parmi les officiers de police judiciaire; elle n'a fait que lui reconnaître un pouvoir qui était en lui.*“

Man wird freilich diesen Versuch des trefflichen Juristen, die Vermischung von *droits de poursuite* und *droits d'instruction* in ein und derselben Person hier zu rechtfertigen, während er sie später, vol. IV n. 112, vgl. § 10, aufs energischste bekämpft, nicht ohne einen gewissen Humor lesen können. Gerade weil man die *droits de poursuivre* dem juge *entreissen* wollte, um die Unparteilichkeit der Untersuchung zu sichern, hat man das *ministère public* und den ganzen Apparat der *police judiciaire* im Gegensatz zur *justice* gesetzt. Richtig ist demnach, dass wenn der französische Untersuchungsrichter immer noch *officier de police judiciaire* ist, er nur Kompetenzen besitzt, die wirklich aus seiner früheren Gewaltsphäre entnommen sind. Dagegen heisst es die alte inquisitorische Auffassung von der *police judiciaire* aussprechen, wenn Hélie behauptet, dass letztere nur *auxiliaires* des Richters seien, weil er nicht überall selbst sein könne. De facto ist freilich der französische Richter heute noch zugleich Verfolger und übt damit auch gerichtspolizeiliche Funktionen aus.

Das gleiche gilt, wenn auch nicht in so ausgesprochener Weise, für alle übrigen Untersuchungsrichter. Sobald der Richter nicht nur, wie der englische, auf die *petita* der Parteien hin Recht spricht, sondern selbst für längere Zeit zum Träger des Verfahrens wird, ist derselbe eben Verfolger und Richter in einer Person.

Nun kann aber entschieden behauptet werden, dass, wenn die Vermischung von Verfolger- und Richterqualität in der Person des Richters nicht bedenklich erscheint, sie es auch nicht ist, wenn diese Vermischung eintritt in der Person des Strafverfolgers. Mit andern Worten, es kann ebenso gut der Verfolger auf Momente zum Richter werden, als der Richter zum Strafverfolger. Im Gegenteil, mir erscheint es fast weniger bedenklich, wenn der Strafverfolger, der doch keinen Anspruch auf Unparteilichkeit erhebt, für gewisse Handlungen sich eine möglichst grosse Objektivität zu erwerben sucht und dieselben als Richter vornimmt, als wenn der Richter, dessen ganzes Bestreben dahin zu gehen hat, das Decorum seiner Unparteilichkeit zu wahren, sich zum Strafverfolger macht und damit zum vorneherein Partei wird. Wenn wir es doch einmal mit einem *judex suspiciosus* zu tun haben müssen, so will ich lieber, es sei derselbe ein solcher, der sonst mit der Rechtsprechung nichts zu tun hat, als einer, der daran beständig beteiligt ist und das odium der Parteilichkeit auch auf seine übrigen Handlungen als Richter überträgt.

Es soll indessen damit nicht der Uebertragung der Untersuchungs-Judicatur an Nicht-Richter absolut das Wort geredet werden! Die Vereinigung von Richter und Verfolger in einer Person ist verwerflich, ob diese letztere nun Richter oder Verfolger heisse. Nur das soll gezeigt werden, dass die Behauptung, die Gliederung des Verfahrens in eine polizeiliche Vor- und eine gerichtliche Haupt-Untersuchung garantire die unparteiische Würdigung der Belastungs- und Entlastungsmomente, falsch ist. *Die richterliche Untersuchung ist so wenig unparteiisch als die polizeiliche und darum können wir mit vollster Beruhigung sagen, die Gliederung des Verfahrens ist nicht notwendig.*

IV. *Die Gliederung verträgt sich nicht mit den Prinzipien des Accusationsprozesses.*

Die Zweiteilung ist herübergenommen aus dem Inquisitionsprozess. Sie hatte dort einen Sinn dann, wenn die Generaluntersuchung von der Polizei geführt wurde. Im Inquisitionsprozess bereitet die Spezialuntersuchung nicht die Anklage vor, sondern das Urteil, in ihr werden bereits die Beweise erbracht und rechtlich gewürdigt. Während in der accusatorischen Untersuchung der Untersuchende in erster Linie Verfolger und nur nebenbei noch Richter ist oder wenigstens sein sollte, ist er in der inquisitorischen Hauptuntersuchung vor allem aus Richter und erst nebenbei noch Verfolger. Desshalb muss die Spezialuntersuchung einem Richter an-

vertraut werden. Nun ist aber im Accusationsprozess an die Stelle der Spezialuntersuchung die Hauptverhandlung vor dem erkennenden Gericht getreten, dort wird allein Beweis erbracht. Die Untersuchung hat nur den Zweck der Unterstützung der Anklage, also der Strafverfolgung. Somit sollen in der accusatorischen Untersuchung die Beweise nur soweit gesammelt werden, als sie notwendig sind zur Begründung der Anklage. Alles weitere widerspricht geradezu dem Prinzip der Accusation und macht die Untersuchung aus einer accusatorischen zu einer inquisitorischen.

Gerade die Teilung der Untersuchung in General- und Hauptuntersuchung bewirkt aber notwendig die Ausdehnung der letzteren weit über ihren Zweck hinaus; denn sonst ist sie ja fast gegenstandslos, weil das Anklagefundament schon in einer einigermaßen gut geführten Generaluntersuchung erbracht werden kann. Unwillkürlich wird in der Spezialuntersuchung das Beweismaterial in inquisitorischer Vollständigkeit gesammelt. Man braucht nur die Untersuchungsakten in verschiedenen Kantonen mit nominell accusatorischer Untersuchung zu lesen, um sich von der Richtigkeit der Behauptung zu überzeugen. Daher scheue ich mich nicht, zu behaupten, *dass die Beibehaltung der Spezialuntersuchung geradezu der Hemmschuh der rationellen Entwicklung des Accusationsprinzipes ist*; ich erblicke in ihr den Feind der öffentlich-mündlichen Beweiserbringung, einen eklatanten Widerspruch zu den klar ausgesprochenen Prinzipien accusatorischer Beweisführung.

V. *De lege ferenda ist daher meines Erachtens überall die Eingliedrigkeit der Untersuchung einzuführen.* Dieselbe hätte sich strenge an den Zweck der accusatorischen Untersuchung zu halten, d. h. sich zu beschränken auf die Beibringung des blossen Anklagemateriales. Sie würde demnach der Oberaufsicht, Direktion und Beschlussfassung der Staatsanwaltschaft unterstehen, d. h. sie wäre in allen Fällen eine polizeiliche. Als Untersuchungsbeamter dürfte sich der in den meisten Kantonen bereits vorhandene Polizeibeamte des Bezirks, der Bezirksstatthalter, Bezirksammann etc., empfehlen. In ganz kleinen Kantonen könnte ja der Verhörrichter, dem aber konsequenterweise der Titel „Richter“ zu entziehen wäre, beibehalten werden. Diese Untersuchungsbeamten, für deren geeignete Qualität am zuverlässigsten eine angemessene Besoldung sorgen würde, wären reine Verfolgungsbeamte; ja es liesse sich die Frage aufwerfen, ob denselben nicht auch die Vertretung der Anklage vor den Bezirksgerichten nach zürcherischem und teilweise st. gallischem Muster zu überlassen wäre. Meines Erachtens wäre die Frage zu bejahen.

Da diese Voruntersuchungsbeamten Verfolger wären, so müsste ihnen jegliches Funktioniren als Richter entweder ganz entzogen, oder dann, wenn dies aus praktischen Gründen nicht leicht durchführbar sein sollte, nur in provisorischem Sinne, d. h. nur, wenn sich der Angeschuldigte und die obligatorische Verteidigung dabei

beruhigten, anvertraut werden. Die Funktionen speziell richterlicher Art, d. h. also Beschlussfassung über Incidentanträge, über Versetzung in Sicherheitsverhaft, wären den Bezirksgerichtspräsidenten zu überweisen, da wir leider ein ständiges Bezirks-Kollegialgericht fast nirgends besitzen. Es würde somit dieser Richter mit der Entscheidung der richterlichen Fragen entweder in allen Fällen befasst, was theoretisch das allein Richtige wäre, oder aber auf erfolgte Beschwerde hin.

§ 10.

Gerichtliche oder gerichtspolizeiliche Untersuchung.

I. Die Frage, ob eine Untersuchung eine gerichtliche oder eine polizeiliche zu nennen ist, muss beantwortet werden nach dem Zwecke, den dieselbe verfolgt, und nicht nach dem Titel desjenigen, der sie leitet. Als gerichtliche Untersuchung ist nur diejenige zu betrachten, die mit den nötigen Garantien richterlicher Unabhängigkeit von den Administrativ- und Exekutivbehörden geführt wird. Die Untersuchung muss zu handen des Gerichtes und nicht zu handen des staatlichen Anklägers geführt werden. Die Untersuchung ist eben dann doch eine gerichtspolizeiliche, auch wenn sie von einem Richter geführt wird, wenn die Staatsanwaltschaft die Verfügung über dieselbe beibehält, und jedenfalls am Schlusse der Untersuchung wieder frei über die Prozedur verfügt.

Ist dagegen die Untersuchung eine wirklich gerichtliche, so muss mit dem Momente der Einleitung derselben die Staatsanwaltschaft resp. das sonstige als Haupt der gerichtlichen Polizei funktionierende Organ, die Verfügung über die Prozedur verlieren. Bei gerichtlicher Untersuchung ist die Rechtsprechung, die *justice*, unwiderruflich mit dem Falle befasst, bei gerichtspolizeilicher dagegen keineswegs. *Demnach entscheidet bei gerichtspolizeilicher Untersuchung über die Versetzung in Anklagezustand resp. Fallenlassen der Untersuchung die Staatsanwaltschaft, bei der gerichtlichen Untersuchung dagegen das Ober-Untersuchungsgericht, oder wo dieses fehlt, das erkennende Gericht selbst.*

Somit haben wir unter Zugrundelegung der näheren Erörterungen der §§ 11—13 als *gerichtliche Untersuchung* zu bezeichnen: die Untersuchung der Kantone Wallis, Graubünden, Glarus, Zug, Freiburg, Genf, Waadt, Solothurn, Neuenburg, ferner die Kriminaluntersuchung der Kantone St. Gallen, Luzern und Bern. Ob auch Schwyz schlechthin der einen oder andern Gruppe zugewiesen werden darf, ist zweifelhaft.

Als *gerichtspolizeiliche Untersuchung* dagegen können wir bezeichnen: die Untersuchung in Uri, Ob- und Nidwalden, Appenzell A. Rh., Schaffhausen, Tessin, Baselstadt, Baselland, Thurgau, Zürich, Aargau, sowie die korrektionselle Untersuchung in St. Gallen, Luzern und Bern.

Unsere Aufgabe ist es nun, dies näher nachzuweisen, sowie die Konsequenzen und charakteristischen Kennzeichen beider Systeme näher zu prüfen.

II. *Die gerichtliche Untersuchung.* 1. Die Untersuchung wird vorgenommen zu handen des Gerichtes, sie ist Untersuchung zwecks Fundirung des Urteils und nicht zwecks Begründung der Anklage. Es ist daher Voraussetzung der Einleitung der Untersuchung nicht ein staatsanwaltlicher resp. regierungsrätlicher Auftrag, sondern der Untersuchungsrichter schreitet von sich aus ein in Ausübung der gerichtlichen Rechtsprechungs- und daher Rechtsuntersuchungsbefugnis. Eine Abweichung findet dann statt, wenn der Hauptuntersuchung ein polizeiliches Ermittlungsverfahren vorausging. In diesem Falle geschieht die Einleitung der Spezialuntersuchung (Hauptuntersuchung) entweder formlos, indem die Polizeiakten einfach dem Untersuchungsrichter zugesandt werden, so in Bern 79, Freiburg 144, oder auf förmlichen Beschluss des Ober-Untersuchungsgerichtes oder wenigstens dessen Präsidenten, so z. B. Zug 9; Luzern 55; Schwyz 61; Glarus 32. Eine Ausnahme macht Genf (Art. 31), indem dort der Untersuchungsrichter in der Regel die staatsanwaltliche Requisition um Vornahme der Untersuchung abwarten muss. Immerhin schreitet aber auch er von sich aus ein bei délits flagrants (Art. 40).

2. Da der Untersuchungsrichter zu handen des Gerichtes informirt, seine Untersuchung eine offizielle Stoffsammlung für dasselbe ist, so hat die Strafverfolgungsbehörde, Staatsanwalt, oder direkt die Regierungsgewalt, nur das Recht, *Anträge zu stellen, nicht aber, Untersuchungshandlungen zu befehlen.* Der Untersuchungsrichter geht nach eigenem Ermessen vor und ist durch keinerlei staatsanwaltlichen Anträge gebunden. Die Gegenwart, bezw. die Teilnahme des Staatsanwaltes an der Untersuchung ist nicht notwendig. Vergleiche hierüber Zug 47; Solothurn 113; St. Gallen P. 19 (im lebhaften Gegensatz zu U. V. 4); Glarus 19; Schwyz 65; Wallis 22. Am Prägnantesten drückt sich Luzern in § 50, Abs. 2, aus:

„Bei den Untersuchungen, welche das Verhöramt führt, steht es dem Staatsanwalte frei, den Verhören und allen amtlichen Handlungen des Verhöramtes beizuwohnen und an letzteres Anträge zu stellen, *an welche aber dasselbe nicht gebunden ist.*“ (Ueber den Gegensatz im polizeilichen Verfahren vgl. § 50, Abs. 1, *ibid.*)

Eine gewisse Ausnahme machen aber immerhin Bern und die welschen Kantone. Bern sagt in Art. 85, Abs. 2:

„Sie (die Bezirksprokuratoren) haben auch das Recht, gerichtliche Verfolgungen zu veranlassen, *die Vornahme einer bestimmten Untersuchungshandlung zu befehlen* und dem Regierungsstatthalter, sowie dem Untersuchungsrichter bei den Hausdurchsuchungen und überhaupt bei allen Untersuchungshandlungen beizustehen.“ (Vgl. Freiburg 37; ist etwas abgeschwächt.)

Es erklärt sich die Bestimmung Berns daraus, dass nur die Kriminaluntersuchung eine gerichtliche, die korrektionselle Untersuchung dagegen eine gerichtspolizeiliche ist.

Die welschen Kantone dagegen schreiben dem Staatsanwälte so wie so in der gesamten Rechtspflege weitgehende Befugnisse zu und so auch im Strafverfahren. Es ordnen z. B. Genf Art. 43, Neuenburg Art. 249, Wallis Art. 57 an, dass der Staatsanwalt von gewissen Untersuchungshandlungen unterrichtet werde, um an denselben teilzunehmen. Alle lassen auch die Stellung von bestimmten Ansuchen („requisitions“) durch denselben zu. Untersuchungsrichter und Staatsanwalt handeln nebeneinander; der Staatsanwalt stellt die Anträge, der Richter vollzieht sie. Dieser Auffassung liegt die feine Unterscheidung zu Grunde, die die Franzosen bezüglich des „droit de poursuite“ und des „droit d'instruire“ machen. Es soll dieselbe die Anwendung des alten Satzes: „nemo simul esse potest accusator et iudex“ sein. Sehr hübsch sagt diesbezüglich Hélie, Bd. IV, 112, dass der öffentliche Ankläger eben Partei sei und dass der Staatsanwalt daher nicht untersuchen könne:

„Qu'à ce titre, il lui appartient de poursuivre; mais que, par cela même, il serait contre la justice de le laisser faire des actes d'instruction; que si la réunion des deux fonctions de partie publique et de juge d'instruction, prescrite par notre ancienne législation paraît devoir accélérer la procédure, elle se présente sous un aspect défavorable, parcequ'il est difficile que l'homme qui poursuit conserve son impartialité quand il s'agit d'instruire“

und in Anwendung dieses Grundsatzes bestimmt er die Tätigkeit von Untersuchungsrichter und Staatsanwalt folgendermassen:³⁶⁾

„Le ministère public *requiert*, le juge *statue* sur ces requisitions; l'un exerce l'action publique, introduit la poursuite et conclut à toutes les mesures qui peuvent développer la procédure, l'autre ordonne ces mesures et procède à leur exécution. L'un provoque tous les actes de l'instruction l'autre les accomplit. *Cette division, qui maintient exclusivement entre les mains du juge toute la procédure, est la plus forte garantie de l'instruction, puisque le juge, par l'indépendance même de ses fonctions ne peut avoir d'autres intérêts que les intérêts de la justice.*“

Es ist dies ja richtig für einen nur dem Namen, aber nicht seinen Prinzipien nach accusatorischen Prozess. Gerade die Tatsache, immer und immer wieder die Notwendigkeit richterlicher Unparteilichkeit in der Untersuchung betonen zu müssen, ist ein eklatanter Beweis dafür, dass diese Untersuchung nicht bloss Sammlung des Anklage-, sondern auch des Beweismaterials bezweckt, dass in ihr bereits Akte der endgültigen Rechtsfeststellung vorgenommen werden.

³⁶⁾ Hélie, traité, IV, 214.

Der Anklageprozess braucht keine unparteiische Untersuchung, denn dieselbe hat an sich nichts gerichtlich festzustellen, nichts zu beweisen. Unparteilichkeit verlangt allein die Hauptverhandlung, denn diese erbringt allein Beweis. Die beste Garantie der Unparteilichkeit der Untersuchung ist zudem nicht die Richterqualität des Untersuchenden, sondern die Beteiligung der Parteien an derselben. Wo letztere bereits in der Untersuchung zulässig ist, ist die strenge Wahrung richterlicher Unparteilichkeit nicht erforderlich, sondern der staatliche Untersuchungsbeamte kann ungescheut seinen wahren Charakter als Strafverfolger zur Geltung bringen.

In der Tat haben sich denn auch unsere welschen Kantone nicht so schlechthin der französischen Ansicht anbequemt. Sie verlangen nicht eine ständige Beteiligung der Staatsanwaltschaft; dieselbe kann an der Untersuchung teilnehmen, muss aber nicht. Der Richter gewinnt dadurch seinerseits eine etwas unabhängigere Stellung. Prägnant ist diesbezüglich Waadt, Art. 268:

„Dans les trois jours dès la réception de l'enquête, le procureur général la transmet au tribunal d'accusation.

„Lorsque le procureur général estime que l'enquête n'est pas complète, il indique les opérations *qui lui paraissent* encore devoir être faites.“ (Anders dagegen Neuchâtel 297.)

Demnach kann der Staatsanwalt die Ergänzung der Untersuchung nicht mehr befehlen, sondern nur beim Ober-Untersuchungsgericht beantragen.

3. Nach Abschluss der Untersuchung gelangt die Prozedur *notwendig* an das Gericht; dieses beschliesst darüber, ob dieselbe zu sistiren oder ob der Angeschuldigte an ein Gericht zu überweisen sei. In Schwurgerichtsfällen ist es das Gericht, welches die Anklage erhebt und dem Staatsanwalt den Auftrag erteilt, die Anklageschrift gemäss den Beschlüssen des Gerichtes abzufassen; vgl. Graubünden 31, 32, 33; Glarus 96, 94, 95, 93; Zug 47—54; Freiburg 233, 229, 240, typisch namentlich Art. 235:

„Der Beschluss auf Versetzung in Anklagezustand wird nicht begründet, *er enthält aber die Angabe der Gesetzesartikel, welche auf den Fall anwendbar erscheinen; den Namen, Vornamen des Angeklagten* und seines Verteidigers, endlich die Bezeichnung des Gerichtes, vor welches das Geschäft gewiesen ist.“

Vgl. damit Art. 240: „In allen Fällen, wo der Angeklagte dem Schwur- oder Kriminalgerichte überwiesen worden ist, werden die Akten mit dem Ueberweisungsbeschlusse dem Generalprokurator zugesandt, *welcher eine Anklageschrift abzufassen und dieselbe innerhalb der durch den Beschluss der Versetzung in Anklagezustand festgesetzten Frist abzugeben hat.*“

Ferner Solothurn 213, 215; Neuenburg 297, 301, 309, 311; Genf 180, 186, 187, 189; Waadt 266, 269, 274; Bern 254, 255, 261; St. Gallen P. 122, 123, 124; Luzern 176, 177.

Die Freilassung des ausser Verfolgung gesetzten Angeschuldigten wird endlich vom Gerichte ausgesprochen und direkt — mit Umgehung der Staatsanwaltschaft — verfügt; vgl. Waadt 266; Genf 186; Neuenburg 301; Graubünden 33; Zug 50; Freiburg 229; Bern 254. (Vgl. auch § 15.)

III. *Die gerichtspolizeiliche Untersuchung.* Das Charakteristische an derselben ist, dass sie zu Händen der Anklage- und unter Aufsicht der obersten Strafverfolgungsbehörde geführt wird. Untersuchungsbeamter kann deswegen doch ein sonst mit Richterqualität ausgestatteter Mann sein, ja er ist es de lege lata in weitaus den meisten Kantonen.

Nun lassen sich aber zwei Arten dieser richterlichen Beteiligung an der gerichtspolizeilichen Untersuchung nicht verkennen:

a. Es ist nämlich der sog. Untersuchungsrichter dem Staatsanwalt resp. der verfolgenden Regierungsgewalt direkt untergeordnet. Er befolgt die Befehle und Weisungen der Strafverfolgungsorgane, und muss deren Teilnahme und Einmischung dulden. Es liegt nahe, dass der „Richter“ in diesem Falle nicht als Richter, sondern als blosser Gehülfe der Strafverfolgungsgewalt funktioniert; denn es fehlt ihm die wichtigste Garantie der richterlichen Unabhängigkeit und damit der Unparteilichkeit, nämlich die absolute Selbständigkeit.

1. Wir haben dieses Verhältnis vorab in den Kantonen Uri, Ob- und Nidwalden und Appenzell A. Rh. Der Verhörer dieser Kantone ist Beamter des Regierungsrates und steht direkt unter dessen Befehlen; vgl. Uri, Reglement für das Verhöramt von 1842, § 3, St. A. § 2, Abs. 2; Nidwalden § 9, Abs. 2; Obwalden Art. 13, Ziff. 2; Appenzell A. Rh. Art. 6, Ziff. 2; vgl. § 11.³⁷⁾ Sehr charakteristisch sind namentlich die Bestimmungen von Ob- und Nidwalden, so z. B. Obwalden Art. 13, Ziff. 2:

„Die Justizkommission leitet und beaufsichtigt den Untersuch in der Weise, dass sie in die aufgenommenen Verhöre immer Einsicht nimmt, dass sie sich nötig erachteten Falles vom Verhörrichter auch mündlich berichten lässt, und dass sie letzterem, beziehungsweise dem Landammann, bestimmte Weisungen erteilt, wer und worüber zu verhören, was überhaupt im Untersuch vorzunehmen sei.“ (Ganz analog Nidwalden § 9, Abs. 2.)

Damit ist denn doch aufs allerdeutlichste ein Subjektionsverhältnis des Verhörrichters unter die Regierungsgewalt ausgesprochen. Von einer richterlichen Unabhängigkeit und Selbständigkeit kann keine Rede sein. Die Untersuchung ist eine gerichtspolizeiliche, geleitet von einem Beamten, der den Titel Richter zu Unrecht trägt. Tatsächlich ist ja auch der appenzellische Verhörrichter zugleich Polizeidirektor.

³⁷⁾ Das appenzellische Gesetz betr. das Strafverfahren vom 16. Oktober 1859 übertrug die unmittelbare Aufsicht über das Verhöramt einem vom Grossen Rat gewählten „Verhöramtspräsidenten“ (Art. 9). Derselbe versah zum Teil die Funktionen eines Staatsanwaltes.

2. Das gleiche Verhältnis zwischen Untersuchungsrichter und Staatsgewalt bietet Thurgau; vgl. G. G. § 69:

„Die Anklagekammer kann alle Massregeln des Untersuchungsrichters *aufheben, modifizieren*, oder, sei es veranlasst durch Beschwerdeführung, sei es von Amtswegen, *die im Interesse der Strafverfolgung nötigen Anordnungen treffen*.“

Die Anklagekammer aber setzt sich zusammen aus dem Chef des Justizdepartementes und zwei, nicht notwendig richterlichen, Beisitzern, sie ist die alte Justizkommission. (Vgl. § 13, II. d.)

Aus der nicht richterlich-unabhängigen Stellung des thurgauischen Verhörrichters erklärt sich auch die Bestimmung von G. G. § 25:

„Es sind dem Staatsanwälte in der Kriminalrechtspflege folgende Verrichtungen übertragen: a. er richtet an die Beamten der gerichtlichen Polizei *und an das Verhöramt alle Requisitionen*, welche er für notwendig hält.“

3. Ebenso wenig besitzt der Verhörrichter von Schaffhausen richterliche Unabhängigkeit. Es wird die Untersuchung eingeleitet durch die Zuweisung des Falles seitens der Polizeidirektion (Regierungsrat³⁸) und über das Ergebnis der Untersuchung beschliesst die Staatsanwaltschaft, die von sich aus sistirt.³⁹) Ausserdem besitzt die Staatsanwaltschaft ein sehr weitgehendes Befehls- und Einspruchsrecht (P. §§ 31, 33, 39, 40); in verschiedenen Fällen, so bei Beeidigung von Zeugen, ist es der Fiskal, der endgültig entscheidet. Demnach dürfte auch die Untersuchung in Schaffhausen als eine gerichtspolizeiliche zu betrachten sein.

b. Es kann aber die Untersuchung durch einen Richter auch in der Weise geführt werden, dass derselbe gleichsam dem Strafverfolgungsorgan richterliche Rechtshilfe leistet. Der Richter behält seine Selbständigkeit und Unabhängigkeit bei; aber seine Untersuchungshandlungen geschehen nicht zu Handen der Rechtsprechung, der Urteilsfällung, sondern zu Handen des öffentlichen Strafverfolgers. Wir haben einen Anklang daran bereits in der Mitwirkung des deutschen Amtsrichters im staatsanwaltlichen Ermittlungsverfahren. (D. Str. Pr. O., § 160 ff.)

Der deutsche Staatsanwalt wird durch diesen Paragraphen in Stand gesetzt, schon während des blossen Ermittlungsverfahrens Handlungen sog. richterlicher Natur vorzunehmen, richtiger vornehmen zu lassen, *ohne deshalb genötigt zu sein, das Verfahren aus der Hand zu geben*. Bei ängstlicher Interpretirung des Gesetzes kann zwar nur von der Vornahme *einzelner* richterlicher Handlungen die Rede sein. Doktrin und Praxis stimmen aber darin überein, jegliche Aengstlichkeit in dieser Beziehung zu verpönen; so wird denn durchaus

³⁸) Nach dem vermutlich obsoleten § 15 der P. ist es der Kleine Rat, der die Spezialuntersuchung beschliesst oder die Untersuchung sistirt.

³⁹) Vgl. Bolli: Die Untersuchung im Löhniger Mordprozess etc., S. 4.

kein Anstand daran genommen, den Amtsrichter gleich einen ganzen Komplex von Untersuchungshandlungen, selbst solcher nicht richterlicher Natur, vornehmen zu lassen, *jedoch nur im Rahmen der vom Staatsanwalt bezeichneten Aufgabe.*⁴⁰⁾

Dadurch ist naturgemäss bedingt, dass der Staatsanwalt für den Augenblick die materielle Leitung der Ermittlungen aus der Hand verliert. Der Amtsrichter waltet vorübergehend genau wie ein Untersuchungsrichter seines Amtes, indem er nach eigenem Ermessen und Belieben alle diejenigen Mittel der Wahrheitserforschung anwendet, die ihm tunlich erscheinen, die ihm gestellte Aufgabe zu lösen. Einen gewissen Rückhalt findet er dabei allerdings an dem § 164, welcher bestimmt:

„Wird der Beschuldigte von dem Amtsrichter vernommen und beantragt er bei dieser Vernehmung zu seiner Entlastung einzelne Beweiserhebungen, so hat der Amtsrichter dieselben, soweit er sie für erheblich erachtet, vorzunehmen, wenn der Verlust der Beweise zu besorgen steht, oder die Beweiserhebung die Freilassung des Beschuldigten begründen kann.“

„Der Richter kann, wenn die Beweiserhebung in einem andern Amtsbezirke vorzunehmen ist, den Amtsrichter des letzteren um Vornahme derselben ersuchen.“

Es soll also, und das ist der springende Punkt, die Möglichkeit vorhanden sein, *bereits vor Erhebung der öffentlichen Anklage, von der kein Zurückweichen mehr möglich ist*, eine gerichtliche Untersuchung beschränkten Umfanges einzuleiten, ohne dass die Staatsanwaltschaft dadurch die Herrschaft über das Verfahren aus der Hand verliert. Die absolute Notwendigkeit dieser Möglichkeit weist Glaser in seinem Hdb. I, S. 270, nach.

Gleichsam in Ausbildung dieses Gedankens sind die Kantone Baselstadt, Aargau und Tessin dazu gelangt, diesen in der deutschen und österreichischen Gesetzgebung als Ausnahme betrachteten Fall zusammenhängender gerichtlicher Untersuchungsführung zu Handen der Staatsanwaltschaft zum regelmässigen zu machen, indem sie die ordentliche Untersuchung ganz nach den für das deutsche Ermittlungsverfahren geltenden Grundsätzen vom Richter für die Staatsanwaltschaft führen lassen. Die Analogie gibt sich kund in folgenden Bestimmungen:

1. Die Anhebung der Untersuchung *ist bedingt durch den staatsanwaltlichen Antrag*, der die Richtung der Nachforschung bezeichnet.

⁴⁰⁾ Vgl. Kronecker, in Goltdammers Archiv, 1881, S. 322 ff.; Löwe, Kommentar zu § 160. Selbst Glaser, Hdb. II, 370, gibt zu, dass es in gewissen Fällen „weder notwendig ist, dass die Amtshandlung an sich zu den *strikt richterlichen* gehört, noch dass der Antrag der Staatsanwaltschaft *sich auf eine bestimmte Amtshandlung beschränke*, vielmehr wird es genügen, den Gegenstand der vorläufigen Untersuchung zu bezeichnen und zu beantragen, dass die zu dessen Aufklärung dienlich scheinenden Erhebungen vorgenommen werden“.

Vgl. Baselstadt, E. G. § 26: „Die Eröffnung der Voruntersuchung geschieht durch Uebergabe der Akten an einen Untersuchungsrichter, *unter Bezeichnung des Angeschuldigten und des ihm zur Last gelegten Verbrechens.*“

Aargau P. 115: „Die Erhebung der durch ein Verbrechen begründeten Strafklage steht in ihrem ganzen Umfange der Staatsanwaltschaft zu.“

P. 116: „Die Erhebung der Strafklage geschieht *durch den Antrag an den Untersuchungsrichter, in Betreff einer bestimmten Tat Nachforschungen anzustellen, oder gegen bestimmte Personen eine Untersuchung einzuleiten.*“

Tessin 139: „L'apertura di un'istruzione giudiziaria è vincolata alla condizione che sia stata promossa l'accusa dal procuratore pubblico, salvo il disposto dell' articolo 73“ (accusa privata).

Art. 140: *L'istruzione ed il giudizio*⁴¹⁾ *si estendono soltanto al fatto indicato nell' accusa ed alle persone che nella medesima sono incolpate.*“

2. Die *Ausdehnung der Untersuchung auf Personen* und nach Richtungen, die in dem staatsanwaltlichen Antrag *nicht bezeichnet sind*, ist an dessen *Zustimmung resp. dessen Auftrag gebunden*. Nur bei Gefahr im Verzug trifft der Untersuchungsrichter von sich aus die nötigen provisorischen Anordnungen.

Vgl. Tessin, Art. 155: „Se nel corso dell' istruzione si rivela la necessità di estenderla ad una persona o ad un fatto non indicati nella richiesta del procuratore pubblico, il giudice istruttore procede d'ufficio agli atti d'istruzione *che non si possono ritardare senza pericolo.*“

„*Ne informe quindi il procuratore pubblico per le ulteriori sue proposte.*“

Baselstadt E. G. § 29: „Ergibt sich im Laufe der Voruntersuchung Anlass zur Ausdehnung derselben auf eine von der Staatsanwaltschaft nicht bezeichnete Person oder Tat (§ 26), so hat der Untersuchungsrichter *in dringenden Fällen* die in dieser Beziehung notwendigen Untersuchungshandlungen von sich aus vorzunehmen. *Die weitere Verfügung steht auch in solchen Fällen der Staatsanwaltschaft zu.*“ (Vgl. damit Aargau P. § 116.)

Gerade in diesen Bestimmungen kommt aufs allerdeutlichste der Gedanke zum Ausdruck, dass die Untersuchung *Stoffsammlung* zu Handen der Anklage und nicht des Gerichtes ist.

3. *Glaubt der Richter den Zweck der Untersuchung erfüllt, so gelangt die Prozedur an den Staatsanwalt zurück, der die weiteren Massnahmen verfügt.*

Vgl. Aargau P. 259: „Nach Vollendung der Voruntersuchung übersendet der Untersuchungsrichter sämtliche Akten dem Staatsanwalt.“

⁴¹⁾ Letzteres offenbar unrichtig (vgl. Art. 154, 165).

P. 260: „Betrifft die Beschuldigung einen Fall, welcher nach Vorschrift des Gesetzes vor das Schwurgericht gehört, so hat der Staatsanwalt ohne Verzug, jedenfalls innert 10 Tagen, die Akten in *Begleit seiner Anklageschrift* der Anklagekammer einzureichen. Liegt ein Vergehen vor, so *überweist der Staatsanwalt die Akten dem zuständigen Gerichte.*“

Das Gesetz spricht hier nicht von der Einstellung des Verfahrens, offenbar weil dieser Fall als Ausnahme betrachtet wurde. Doch steht die Sistirung der Prozedur der Staatsanwaltschaft unbedingt zu. Vgl. § 279 und namentlich § 279 b, hinzugefügt durch A. G. von 1863:

„Gegen die Verweisung einer Sache an den Zuchtpolizeirichter (§ 260 des Gesetzes) und gegen die *Einstellung der Untersuchung* (§ 279 des Gesetzes) durch die Staatsanwaltschaft kann der Regierungsrat sowohl, als derjenige, welcher eine Klage auf Verfolgung eines Verbrechens erhoben hat, bei der Anklagekammer Beschwerde führen“ etc.

Tessin 162: „Quando il giudice istruttore crede raggiunto lo scopo dell'istruzione, rimette gli atti al procuratore pubblico.“

„Questi è tenuto, entro otto giorni, a *formolare l'atto di accusa od a ritornare gli atti al giudice istruttore colla dichiarazione che non trova motivo per un ulteriore procedimento.*“

Art. 164: „L'atto di accusa è dal procuratore pubblico trasmesso al presidente del Tribunale del distretto, dove il dibattimento pubblico deve aver luogo; nei casi di competenza delle assise cantonali, al presidente della Camera criminale.“

Baselstadt, P. § 60: „Nach Beendigung der Voruntersuchung übergibt der Untersuchungsrichter die sämtlichen Akten dem Staatsanwalt, welcher dieselben der Ueberweisungsbehörde vorlegt.“

§ 62: „Die Ueberweisungsbehörde kann folgende Beschlüsse fassen: 1. Den Angeklagten dem korrektionalen oder Kriminalgericht zu überweisen. 2. Die Untersuchung dahinfallen zu lassen, womit je nach Umständen eine Mitteilung der Akten an das Polizeigericht, oder an auswärtige kompetente Gerichte verbunden werden kann. 3. Die Untersuchung zur Vervollständigung an den Untersuchungsrichter zurückzuweisen.“

Die Ueberweisungsbehörde ist aber nicht Gericht, sondern Strafverfolgungsbehörde unter Vorsitz des Staatsanwaltes (vgl. § 13).

4. Haben wir bis dahin die eine Seite des Systems, nämlich das beständige Hervortreten der Staatsanwaltschaft als der Herrin der Verfolgung, der die Direktion des Verfahrens auch nach erfolgter Untersuchung zusteht, gesehen, so haben wir nun noch einen Blick zu werfen auf die andere Seite dieser Souveränität über die Strafverfolgung, nämlich auf die richterliche Selbständigkeit des Unter-

suchungsrichters in der Ausführung der ihm zugewiesenen Aufgabe. Es ist dem Staatsanwalte versagt, direkt in die Untersuchung einzugreifen. Der Untersuchungsrichter handelt ebenso selbständig im Rahmen der ihm gestellten Aufgabe, wie wenn er zu Händen des Gerichtes untersuchen würde. Es kann demnach der Staatsanwalt wohl gewissen Untersuchungshandlungen beiwohnen, nicht aber aktiv an denselben teilnehmen. (Vgl. Baselstadt, E. G. § 28, Aargau, A. G. § 12, Tessin 153, 157.)

Somit ist der Untersuchungsrichter dieser drei Kantone zwar einerseits „ein Werkzeug in der Hand des Staatsanwaltes“⁴²⁾, wie der deutsche Amtsrichter im Ermittlungsverfahren, aber anderseits gleich diesem auch ein Werkzeug mit eigener richterlicher Selbstständigkeit und Unabhängigkeit. Er ist ein Werkzeug, das nicht willenlos dem Staatsanwalt gehorcht, sondern im Umfange der ihm zugewiesenen Aufgabe vollständig unabhängig handelt, und alle Ansuchen der Staatsanwaltschaft, die ihm nicht berechtigt und gesetzmässig erscheinen, kraft eigener richterlicher Prüfungsbefugnis *von der Hand weisen kann*. (Vgl. auch D. Str. Pr. O. § 160, Abs. 2.) Richtig drücken dies Colombi und Gabuzzi⁴³⁾ aus, indem sie über den tessinischen Untersuchungsrichter sagen:

„Nous ne voulons pas dire par là que le juge d'instruction doive être transformé en quelque sorte en un organe, presque en un agent du ministère public. Non il est et doit rester juge; l'enquête sera dirigée par lui, *dans les limites de l'accusation formulée par le ministère public*, en pleine indépendance et avec un libre usage de sa propre initiative. *Il lui sera donc permis de ne pas admettre les requêtes du ministère public*, s'il les juge oiseuses et déplacées.“

Demnach ist die Untersuchung von Tessin, Baselstadt und Aargau dem Zwecke nach eine gerichtspolizeiliche, ihrer Form nach eine gerichtliche.

IV. Umgekehrt ist die *Untersuchung wegen Vergehen* in den *Kantonen Zürich, St. Gallen, Aargau und Thurgau* der Form nach eine gerichtspolizeiliche, indem sie vom Ankläger oder unter dessen Leitung *von einem höhern Polizeibeamten geführt wird*, dem Zwecke nach eine gerichtliche, indem der Richter auf die Akten hin urteilt. Die Untersuchung von Verbrechensfällen ist in Zürich auch dem Zwecke nach gerichtspolizeilich.

⁴²⁾ Vgl. Glaser, Hdb. II, 369.

⁴³⁾ „De la révision du code de procédure pénale tessinoise“, Zeitschr. f. schweiz. Strafr. II, S. 377.

§ 11.

A. Die Untersuchungs-„Gerichte“ der Kantone mit bloss inquisitorischer Beweiserbringung.

I. Das Verfahren schliesst sich in der Hauptsache noch ganz dem alten inquisitorischen an. Nur ist es insoweit modern accusatorisch modifiziert, als statt des Erkenntnisses auf blosser Grundlage der Akten eine sog. öffentliche Gerichtsverhandlung eingeführt wurde, die aber keine Beweise mündlich reproduziert, sondern nichts enthält als die Plaidoyers von Anklage und Verteidigung, denen sich noch etwa das Bitten und Anhalten „um ein gnädiges Urteil“ seitens des zerknirschten Angeklagten und seiner jammernden Angehörigen anschliesst.

Nachstehende Tabelle gibt nun Auskunft über die Untersuchungsgerichte erster und zweiter Instanz.

Kantone	Untersuchungsgericht erster Instanz	Untersuchungsgericht zweiter Instanz
Uri	Kantonalverhöramt	Regierungsrat
Schwyz*) . { B.	Bezirksverhörämter	Besondere Gerichtskommis.
{ K.	Kantonalverhöramt	—
Obwalden	Kantonalverhöramt	Justizkommission
Nidwalden	Kantonalverhöramt	Regierungsrat
Appenzell A. Rh.	Kantonalverhöramt	Justizvorstand
Schaffhausen . . .	Kantonalverhöramt	Staatsanwalt als Organ des Justizvorstandes
Wallis	Président du tribunal	Commission d'instruction

*) Schwyz unterscheidet Fälle, die vor Bezirksgericht gelangen, und solche, welche direkt in erster Instanz vom Kantonsgericht behandelt werden.

Wenn hier von dem Untersuchungsgericht zweiter Instanz die Rede ist, so ist damit eben diejenige amtliche Behörde gemeint, der die Aufsicht über die Untersuchung und die Ueberweisung der Prozedur in die Spezialuntersuchung zusteht. Es ist dies im Kanton Wallis ein Kollegium des Gerichtes, dem der Inquirent angehört, bestehend aus ihm, d. h. dem Präsidenten des Bezirksgerichtes, und zwei Bezirksrichtern. Das Kollegium führt den Namen Commission d'instruction. (Art. 127 und 8.) Ebenso treffen wir eine Kommission richterlichen Charakters in Schwyz. Es besteht dieselbe aus dem Bezirksammann, als dem Führer der Generaluntersuchung, dem Präsidenten des Bezirksgerichtes und einem Bezirksrichter. (§ 55.) Diese Kommission entscheidet darüber, ob die Sache zur Spezialuntersuchung gewiesen werden solle oder nicht, und funktionirt in Fällen, die ans Bezirksgericht gelangen, als Ueberweisungsbehörde. (§ 56.) Sowohl die Walliser- als die Schwyzer-Kommission tragen somit durchaus den

Charakter des alten inquisitorischen Obergerichtes; sie sind demgemäss auch allein befugt, die Einstellung des Verfahrens anzuordnen; vgl. Schwyz § 56, lit. c.; Wallis Art. 188:

„La décision de non lieu est de la compétence de la commission d'instruction.“

II. In den Kantonen Uri, Schwyz — jedoch nur in Kriminalfällen — Ob- und Nidwalden, Appenzell A. Rh. und Schaffhausen ist an Stelle eines Gerichtes als Oberaufsichtsorgan eine Administrativbehörde getreten. (Vide Tabelle.) Diese sieht die Akten ein und prüft die Vollständigkeit derselben. (Vgl. Obwalden 13, Ziff. 4; Nidwalden 56; Appenzell A. Rh. 6, Ziff. 12; Uri J. R. 4; Schwyz 169, 170; Schaffhausen 40.)

Wir stehen damit vor der überraschenden Tatsache, *dass eine nach streng-inquisitorischen Grundsätzen geführte und vollen Beweis erbringende Untersuchung der direkten Einmischung einer Administrativbehörde untersteht*. Es lässt sich das historisch folgendermassen erklären:

Es war diesen Kantonen das Prinzip der Gewaltentrennung ursprünglich fremd. Bis zum Jahr 1858 besass z. B. der Kanton Appenzell A. Rh. kein reines Gericht in oberster Instanz.⁴⁴⁾ Oberste Instanz in Kriminalsachen war eine gesetzgebende oder exekutive Behörde, z. B. der „Gross-Rat“ im Kanton Appenzell A. Rh., der „Landrat“ oder „Malefizlandrat“ in den Urkantonen.⁴⁵⁾ Als Untersuchungsrichter waltete ein Mitglied dieser Behörde, manchmal auch ein Kollegium von drei Ratsgliedern. In Appenzell A. Rh. war es speziell der jeweilige „regierende“ Hauptmann von Trogen, der ex officio als Gemeindevorsteher zugleich Mitglied des „Grossen“ wie des „Kleinen Rates“ war.⁴⁶⁾

Bei der Vielköpfigkeit dieses „Obergerichtes“ war es begreiflich, dass die obergerichtlichen Aufgaben der Aufsicht über die Untersuchung, der Verweisung in die Spezialuntersuchung u. s. w. nicht in corpore ausgeübt, sondern abgetrennt und besonderen Ausschüssen zugewiesen wurden. In der Regel war dieser Ausschuss niemand anders, als die „Standeskommission“, die „Standeshäupter“ oder „Landesbeamten“, und wie die Exekutivbehörden noch hiessen. Wir haben somit folgende Teilung:

Untersuchungsbehörde	Prüfende Behörde	Spruchbehörde
Landammann oder besonderer Inquirent	Standeskommission (Regierung)	Grosser oder Land-Rat

⁴⁴⁾ Noch das Gesetz betr. das Strafverfahren vom 6. Oktober 1859 überlässt nach Art. 12 dem „Kleinen Rate“ richterliche Kompetenz.

⁴⁵⁾ Vgl. z. B. Landbuch von Uri, Art. 31; ähnlich in Luzern, der „Tägliche oder Kleine Rat“, Pfyffer, Kommentar, S. 1, Einleitung.

⁴⁶⁾ Vgl. Prof. Eugen Huber, „Ein Beitrag zur Geschichte des Strafverfahrens im Kanton Appenzell A. Rh.“ (Appenz. Jahrb., II. Folge, 11. Heft, S. 93.)

Nun wurde auch in diesen Kantonen die Gewaltentrennung durchgeführt. Da der Sturm, der dieses Prinzip mit sich brachte, gegen die Verschmelzung von richterlichen und gesetzgebenden oder Exekutivfunktionen gerichtet war, so glaubten diese Kantone, die Gewaltentrennung durchgeführt zu haben, wenn sie an Stelle des „Grossen Rates“ ein neu gebildetes, besonderes Gericht setzten. Es entging ihnen, dass im inquisitorischen Verfahren der ungleich wichtigere Teil desselben sich nicht vor dem Spruchgericht, sondern vor dem Untersuchungsgerichte abspielt, dass die Rechtsprechung, die richterliche Funktion im einzelnen Fall, spätestens in der Spezialuntersuchung beginnt und dass somit auch aus dem Untersuchungsgerichte und aus dem Aufsichtsorgane über dieses das Element der Exekutivbehörden zu eliminieren gewesen wäre und diese Funktionen hätten unabhängigen richterlichen Organen überwiesen werden sollen.

Statt dessen begnügte man sich, an Stelle des Grossen Rates das Obergericht zu setzen. Doch wurde auch im Untersuchungsgerichte das Exekutiv-Element ersetzt durch ein richterliches, als man begann, das Amt des Inquirenten zu besolden und einem eigenen Beamten, dem Verhörrichter, zu überweisen. In der Aufsichtsbehörde, in dem eigentlichen „Ober-Untersuchungsgericht“ blieb alles beim alten, nur dass der Name wechselte und aus der früheren Standeskommission der moderne Regierungsrat entstand. Nehmen wir also die Einteilung wieder auf, so haben wir:

Untersuchungsrichter	Prüfende Behörde	Spruchgericht
Verhörrichter	Regierungsrat Justizkommission Justizvorstand Staatsanwalt	Ober- resp. Kriminalgericht

An Stelle des Regierungsrates trat allmählig eine Justizkommission, deren Präsident aber immerhin ein Regierungsmitglied ist, schliesslich das Justizdepartement und endlich ein besonderes, dem Regierungsrat direkt unterstelltes Organ für Strafverfolgung, die Staatsanwaltschaft.⁴⁷⁾

Auf diese Art und Weise dürfte sich die eigentümliche Tatsache erklären, dass in den angeführten Kantonen eine inquisitorische und vollen Beweis erbringende Untersuchung, also der eigentliche Akt

⁴⁷⁾ Es ist dies ganz der übliche historische Entwicklungsgang unserer Verwaltungs-Institutionen in den Landsgemeindekantonen. Zuerst übte die Regierung eine Funktion in corpore aus, dann bei Vergrösserung des Geschäftsumfanges musste die Zuflucht zu Kommissionen genommen werden (vide Appenzell A. Rh. jetzt noch). Dann geht der Staat zum Departementalsystem über, d. h. zur ständigen Regierung. Die früher dem Gesamt-Regierungsrate zustehenden Kompetenzen gehen ans betr. Departement. Endlich bei noch grösserer Arbeitsüberlastung wird ein besonderes Amt geschaffen.

der Rechtsfindung sich vollzieht, unter direkter Aufsichts- und Eingriffsbefugnis der Staatsbehörde, so dass von einer Verunmöglichung der Kabinetsjustiz keine Rede sein kann.

Es braucht nicht lange gesagt zu werden, dass solche Zustände nicht haltbar sind; denn das ist nicht das in den Verfassungen ausgesprochene Prinzip der Gewaltentrennung. *Entweder muss diese Beaufsichtigung und Einmischung der Regierungsgewalt beseitigt werden, oder es muss, was wohl das angemessenere wäre, an Stelle einer inquisitorischen eine accusatorische Untersuchung treten*, denn letztere darf ohne Gefahr unter Aufsicht und Einmischung der Exekutivbehörden geführt werden; sie ist nicht Akt der Rechtsprechung, sondern der Strafverfolgung, der Klagevorbereitung.

§ 12.

B. Die Untersuchungs-, „Gerichte“ der Kantone mit inquisitorischer und accusatorischer Beweis- erbringung.

I. An das frühere inquisitorische Untersuchungsverfahren ist in diesen Kantonen eine accusatorische, öffentlich-mündliche Hauptuntersuchung vor dem erkennenden Gericht angehängt worden. Der Beweis wird somit doppelt erbracht, einmal zu den Akten, und zum zweiten Mal zu Aug und Ohr des erkennenden Gerichtes. Letzteres geschieht aber immerhin nur mehr oder weniger vollständig, je nach der Art des Schlussverfahrens, ob vor Schwurgericht oder einem ständigen Gericht. Auch spielt der noch mehr oder weniger an den alten Prozess sich anlehrende Charakter der betreffenden Gesetzgebung überhaupt mit.

Die nachstehende Tabelle gibt uns wiederum eine Uebersicht über die Untersuchungsgerichte:

Kantone	Untersuchungsgericht erster Instanz	Untersuchungsgericht zweiter Instanz
Graubünden . .	{ Kreisgerichtspräsident Instruktionsrichter	Ausschuss d. Kreisgerichts Ausschuss d. Obergerichts
Glarus	Verhörriechter	Kriminalgericht
Zug	Verhörriechter	Strafgericht
St. Gallen*) . .	Bezirksammann	Anklagekammer
Luzern*)	Verhörriechter	Kriminal-u. Anklagekammer
Freiburg	Untersuchungsrichter	Anklagekammer
Bern	Untersuchungsrichter	Anklagekammer

*) Bezüglich Luzerns und St. Gallens gilt das nur für die Kriminalfälle. In bezirksgerichtlichen und korrektioneilen Fällen führt die Untersuchung in der Regel vollständig ein höherer Polizeibeamter und die Ueberweisung geschieht durch die Staatsanwaltschaft. Das Verhöramt wird in Luzern auf Frühling 1897 durch V. St. § 3 überhaupt beseitigt.

Zu bemerken ist, dass der Bezirksammann in St. Gallen nicht nur Polizei- resp. Verwaltungsbeamter, sondern auch Organ der Zivilrechtspflege ist. Ein erheblicher Teil des summarischen Zivilprozessverfahrens spielt sich vor ihm ab. Diese zivilrichterlichen Kompetenzen sind ihm zwar zum Teil schon beschnitten worden durch das Einführungsgesetz zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, und der Entwurf eines Gesetzes betr. die Zivilrechtspflege vom 29. Juni 1894 wollte ihm dieselben ganz entziehen. Einstweilen dürfen wir aber den st. gallischen Bezirksammann noch als richterliches Organ betrachten.

II. Als Ober-Untersuchungsgericht bestellen Glarus, Zug und Graubünden das Spruchgericht selbst; Graubünden zwar nur einen Ausschuss desselben, der aber wohl auch im Plenum die massgebende Stimme führen dürfte. Die nahe Verwandtschaft dieses reformirten Untersuchungsverfahrens mit dem alten Inquisitionsprozesse zeigt sich gerade in dieser Bestellung des Ober-Untersuchungsgerichtes aufs deutlichste. Die übrigen Kantone dagegen tragen den accusatorischen Tendenzen soweit Rechnung, dass sie, so wie sie Untersuchungs- und Beweisverhandlung streng auseinanderhalten, Untersuchungs- und Spruchgerichtsbarkeit streng von einander scheiden. Sie bestellen für erstere besondere Gerichte, die „Anklagekammern“.

Hier ist nun hinzuweisen auf das in § 8 Gesagte. *Die Anklagekammern der Kantone Freiburg, Luzern, St. Gallen und Bern sind nicht Anklagegerichte, sondern echte Untersuchungsgerichte*; denn sie entscheiden nicht nur über die Zulassung der vom Strafverfolger erhobenen Anklage, sondern verfügen schlechthin über die Untersuchung.

Die Bestellung eigener Anklagekammern hat für diese Kantone absolut keinen Sinn. Ihre Untersuchung ist eine inquisitorische; sie erbringt vollen Beweis und schliesst nicht mit dem Momente, wo die Anklage hinreichend fundirt erscheint, sondern erst, wenn die Ueberführung des Angeschuldigten bereits erfolgt ist. Es ist daher entschieden sinnlos, ein eigenes Gericht darüber entscheiden zu lassen, ob ein Beweismaterial, das nach inquisitorischen Begriffen hinreichend wäre zur Fällung des Spruches, zur Erhebung der blossen Anklage genüge.

Diese Anklagekammern sind nichts weniger, als was die englische „Grand Jury“ ist, d. h. blosse Vorprüfer der erhobenen Anklage. Im Gegenteil, nicht die Staatsanwaltschaft, sondern das sog. Anklagegericht erhebt die Anklage, es entscheidet nach wie vor in *allen Fällen* über das Ergebnis und den Schluss der Untersuchung.

Im Einzelnen haben diese Untersuchungsgerichte zweiter Instanz sämtlicher Kantone der Gruppe 2 folgende Kompetenzen:

- a. Das Recht der Aufsicht über den Gang der Untersuchung, meist ausgeübt vom Präsidenten des Gerichtes. (Vgl. Freiburg

Art. 71, 218 und 239; St. Gallen P. 25; Bern 40; Luzern 55, 59, 60; ebenso wie Zug 9, 12; Graubünden 27; Glarus 32, 33, 39 u. s. w.).

- b. Das Recht, in alle einmal zur Spezialuntersuchung oder überhaupt zur Hauptuntersuchung gelangten Prozeduren Einsicht zu nehmen und über das Ergebnis der Untersuchung in allen, auch in den zur Sistirung empfohlenen Fällen endgültig zu entscheiden. (Vgl. Freiburg 223, 229, 240; Luzern 62; St. Gallen 122, 123, 124; Glarus 90, 93—96; Zug 49, 52, 54; Graubünden 31, 33; für Bern gilt dies nur in Verbrechensfällen, sowie bei politischen und Pressvergehen, Art. 241, 255 ff., 261; vgl. § 10, II.)

§ 13.

C. Die Untersuchungs-„Gerichte“ der Kantone mit vorwiegend accusatorischer Beweiserbringung.

I. Bei richtiger und konsequenter Durchführung des accusatorischen Grundgedankens muss hier das Untersuchungsgericht zweiter Instanz in seiner inquisitorischen Bedeutung als Aufsichts- und Kontrollbehörde des Untersuchungsbeamten verschwunden sein. Sofern ein Gericht als übergeordnete Behörde hier tätig werden kann, dürfte dies nur als Rekursinstanz gegenüber dem Untersuchungsbeamten sein. Letzterer braucht kein Richter mehr zu sein, da er ja lediglich im Auftrag und zu Handen des staatlichen Strafverfolgungsorganes tätig wird, und dessen Befehle und Weisungen entgegen zu nehmen hat.

Die nachstehende Tabelle gibt uns eine Uebersicht über die in Frage kommenden Organe:

Kantone	Untersuchungsgericht erster Instanz	Untersuchungsgericht zweiter Instanz
Solothurn . . .	Amtsgerichtspräsident	Anklagekammer
Thurgau . . .	{ Bezirksstatthalter { Verhörriechter }	Anklagekammer
Baselland . . .	Untersuchungsrichter	Obergericht
Baselstadt . . .	Untersuchungsrichter	Ueberweisungsbehörde
Aargau	Bezirksgerichtspräsident	Anklagekammer
Zürich	Statthalter	Anklagekammer
Neuenburg . .	Juge d'instruction	Chambre d'accusation
Waadt	Juge de paix	Tribunal d'accusation
Genf	Juge d'instruction	Chambre d'instruction
Tessin	Giudice istruttore	Camera dei ricorsi

II. Scheint nach der Tabelle der Gedanke, dass das Untersuchungsgericht zweiter Instanz sich in ein blosses Anklagegericht verwandeln müsse, sozusagen allgemein durchgedrungen zusein, so zeigt uns eine nähere Prüfung dieser „Anklage-Kammern“ etc. bald, dass dies nicht der Fall ist.

a. Die Kantone Solothurn, Neuenburg, Waadt und Genf haben das Gericht zweiter Instanz als echtes Untersuchungsgericht beibehalten. Dasselbe kontrollirt die Untersuchung in allen Fällen und entscheidet auch in sämtlichen Fällen über das Ergebnis derselben, ganz analog den Anklagekammern der Gruppe B. Während das echte Anklagegericht, die englische „Grand Jury“, nur über die Zulassung der Anklage entscheidet, fällen diese Anklagekammern ihr Verdikt über alle Untersuchungen. Während der Spruch der Grand Jury („*ignoramus*“ etc.) nur sagt, dass die *ihr* präsentirte „bill of indictment“ nicht zur Erhebung der Anklage berechtige, somit nicht die Anklage absolut aus der Welt schafft, sondern die Erhebung einer neuen Bill zulässt (vgl. Blackstone IV, 305), ist der Spruch der Anklagekammer richterlicher Akt, Rechtspruch, der *res judicata* schafft und den Angeschuldigten ausser Verfolgung setzt. (Vgl. Genf 182 u. a.; Waadt 266, 262, 269; Solothurn 208 ff.) Neuenburg beseitigt dagegen bereits für die Fälle, die den „tribunaux de police et de police correctionnelle“ zugewiesen sind, die Mitwirkung der *chambre d'accusation*. (Vgl. 227; dagegen 297 ff. für die übrigen Fälle.)

b. Dagegen ist blosses Anklagegericht die Anklagekammer in Zürich und Aargau. (Vgl. Zürich 916—919; Aargau P. 266—271.) Dieselbe entscheidet auf Grund einer *definitiven* Anklageschrift, die vom Staatsanwalt eingereicht wird. Nicht sie ist es, welche die Anklagepunkte bezeichnet, sondern die Staatsanwaltschaft. Die Anklagekammer schreibt nicht vor, auf was und wie geklagt werden soll, sondern sie genehmigt oder verwirft, letzteres ganz oder teilweise, die vom Staatsanwalt eingebrachte Anklage. Daher ist es auch der Staatsanwalt, der die Einstellung des Verfahrens anordnet, der den Verhafteten frei lässt; dies selbst dann, wenn die Anklagekammer die Anklage vollständig und definitiv abgewiesen hat. Der Entscheid der Anklagekammer ist nicht Beschluss, der den Angeschuldigten ausser Verfolgung setzt, kein Urteil, sondern einfach Nichtgenehmigung der vom Staatsanwalt beantragten Verfolgungsmassregel. An *ihm* ist es, die Konsequenzen zu ziehen, das Verfahren einzustellen und den Angeschuldigten freizulassen.

c. Die letzte und meines Erachtens richtige Konsequenz haben endlich Baselstadt und Tessin gezogen, indem sie die ordentliche richterliche Mitwirkung an der Untersuchung ganz beseitigten. In Tessin überweist die Staatsanwaltschaft *allein* in *allen* Fällen die Prozedur von sich aus an die Assisen (Art. 146) oder erklärt die Sistirung derselben. (Art. 162, Abs. 4.) In Baselstadt tut dies ebenfalls der Staatsanwalt unter Zuzug der beiden Untersuchungsrichter, also von Organen der Strafverfolgung gleich ihm. (P. § 61 ff., O. G. 52.)

Vorbehalten muss natürlich ein Rekursrecht des Angeklagten wie des Geschädigten bleiben. (Vgl. Baselstadt O. G. 64, Tessin Art. 169.) Somit tritt eine gerichtliche Mitwirkung bei Erhebung der Anklage oder Sistirung des Verfahrens nur fakultativ ein, d. h. auf Verlangen der Parteien, und das dürfte das Einfachste und Richtigste sein.

Wenn aber Tessin im zitierten Artikel den Rekurs nur zulässt wegen:

- „1. nullità dell' atto di accusa per vizio di forma;
2. incompetenza delle assise indicate nell' atto di accusa;
3. eccezioni, che sospendono od escludono la persecuzione del reato, oppure che escludono il carattere di reato nell' azione od ommissione incriminata“,

somit nicht auch wegen materiell mangelhafter Fundirung der Beweise⁴⁸⁾, so stimme ich mit Prof. Gautier⁴⁹⁾ vollkommen überein, wenn er sagt: „Le défaut le plus grave du système tessinois, c'est l'énumération limitative des motifs de recours.“ Freilich muss auf der andern Seite auch berücksichtigt werden, dass es für den Angeeschuldigten eigentlich weit besser ist, durch gerichtliche, öffentliche Freisprechung rehabilitirt zu werden, als in letzter Stunde ohne Sang und Klang aus der Untersuchung entlassen zu werden. Erfahrungsgemäss werden ihm böse Zungen im letztern Falle doch das vermutete Verbrechen andichten, während bei öffentlicher Freisprechung diese Stimmen eher zum Schweigen gebracht werden.

d. Eine eigentümliche Stellung beansprucht Thurgau. Der Verhörriechter steht dort unter Aufsicht der Staatsanwaltschaft, wie der Anklagekammer (G. V. § 2, G. G. 20, 22, 23, 25, 69), *aber diese Anklagekammer ist nicht eine gerichtliche Behörde, sondern die Justizkommission alten Styles*; vgl. G. G. 27:

„Die Anklagekammer besteht aus dem Chef des Justizdepartementes als Präsidenten derselben, und zwei Mitgliedern, welche der Grosse Rat aus den stimmfähigen Kantonseinwohnern, welche das 25. Altersjahr angetreten haben, in geheimer Abstimmung erwählt.“

Damit haben wir ganz denselben Fall, wie in § 11 II., nämlich den, dass die Untersuchung statt unter der Aufsicht eines Gerichtes, unter derjenigen einer administrativen Kommission, präsidiert vom Justizvorstand, steht. Der Begriff des Untersuchungsgerichtes ist somit auch in der thurgauischen Gesetzgebung beseitigt. Selbstverständlich hat hier die direkte Unterordnung des Untersuchungsbeamten unter die Staatsgewalt keine Bedenken, weil die thurgauische Untersuchung eine accusatorische ist, und nur das Anklagematerial erbringen will, welches dem erkennenden Gericht nicht zur Kenntniss gelangt.

⁴⁸⁾ Vgl. Gabuzzi, Motive S. IX.

⁴⁹⁾ „La procédure pénale tessinoise“, Zeitschr. f. schweiz. Strafr. VIII, S. 284.

e. Noch interessanter ist die Organisation von Baselland. Die Untersuchung wird dort zunächst geführt vom Bezirksstatthalter unter staatsanwaltlicher Aufsicht. (P. 4, 7.) Als Oberprüfungs- und Verweisungsbehörde funktioniert der Regierungsrat (§ 8), der auf Grund der staatsanwaltlichen Klageakte entscheidet, ein „Zuweisungserkenntnis“ erlässt.

Nach der Ueberweisung gelangt aber das Verfahren nicht direkt zur Schlussverhandlung, sondern es findet eine Art Ergänzungsuntersuchung statt vor dem Obergerichte, deren Leiter der Obergerichtsschreiber ist, welcher unter Aufsicht des Obergerichtspräsidenten funktioniert. Diese Untersuchung findet statt: „von Amtswegen und je nach den Anträgen des Staatsanwaltes oder des Angeklagten resp. dessen Verteidigers“ (§ 9), und wird ganz von zivilprozessualen Grundsätzen dominirt: „die von einer Partei angebrachten Beweise sind der andern mitzuteilen, damit letzere allfällige Gegenbeweise geltend machen könne“ (§ 9). Sie erstreckt sich soweit, bis „eine möglichst vollständige Schlussverhandlung angesetzt werden kann“ (§ 11). Es bestimmt dann der Gerichtspräsident den Tag der Sitzung ohne weitere Formalität.

Es bietet uns Baselland ein ungemein interessantes Bild der Einbürgerung accusatorischer Grundsätze in ein der Form nach inquisitorisch gebliebenes Verfahren. Wir haben eine Generaluntersuchung — die aber von der gerichtlichen Polizei geführt wird —; eine Beschlussfassung über die Verhängung der Spezialuntersuchung — die aber nicht dem Gericht, sondern einer Administrativbehörde zusteht, unter tätiger Mitwirkung der Staatsanwaltschaft —; eine Spezialuntersuchung, die mit einem Urteil enden muss und durch einen vom Spruchgericht abgeordneten Inquirenten geführt wird — aber bei dieser Untersuchung wirken die Parteien mit —, und endlich haben wir eine Sammlung des Urteilsstoffes seitens des Gerichtes — wobei aber immer die Parteien mitwirken. — Mir scheint diese originelle Verbindung accusatorischer und inquisitorischer Prinzipien eine nicht nur sehr interessante, sondern auch eine bei weitem praktischere, als die übliche Anhängung accusatorischer Formen an die inquisitorischen. Soweit es sich aus der Ferne beurteilen lässt, scheinen in Baselland die Interessen der Parteien, wie des Gerichtes, in glücklicher Weise gewahrt.

§ 14.

Die Untersuchungsämter insbesondere; ihre Zuständigkeit.

Nachstehende Tabelle gibt uns zunächst eine allgemeine Uebersicht über die mit der Untersuchung in Strafsachen (Verbrechen und Vergehen) betrauten Organe:

Kantone	In Kriminalfällen	In Vergehensfällen
Zürich	Statthalter*)	Statthalter
Bern	Untersuchungsrichter	Untersuchungsrichter
Luzern	Verhörerichter**)	Amtsstatthalter
Uri	Verhörerichter	Verhörerichter
Schwyz	Kantonsverhörerichter	Bezirksverhörerichter
Obwalden . . .	Verhörerichter	Verhörerichter
Nidwalden . .	Verhörerichter	Verhörerichter
Glarus	Verhörerichter	Verhörerichter
Zug	Verhörerichter	Verhörerichter
Freiburg . . .	Untersuchungsrichter	Untersuchungsrichter
Solothurn . . .	Untersuchungsrichter	Untersuchungsrichter
Baselstadt . . .	Untersuchungsrichter	Untersuchungsrichter
Baselland . . .	Untersuchungsrichter	Untersuchungsrichter
Schaffhausen . .	Verhörerichter	Verhörerichter
Appenzell A. Rh.	Verhörerichter	Verhörerichter
Appenzell I. Rh.	Verhörkommission	Verhörkommission
St. Gallen . . .	Bezirksammann	Gemeindammann
Graubünden . .	Verhör(Instr.)-Richter	Kreisgerichtspräsident
Aargau	Bezirksgerichtspräsident	{ Bezirksgerichtspräsident { Bezirksammann
Thurgau	Verhörerichter	Bezirksstatthalter
Tessin	Giudice istruttore	Giudice istruttore
Waadt	Juge de paix***)	Juge de paix
Wallis	Commission d'instruction	Commission d'instruction
Neuenburg . . .	Juge d'instruction	Juge d'instruction
Genf	Juge d'instruction	Juge d'instruction

*) In den Bezirken Winterthur und Zürich sind wegen Ueberhäufung mit Geschäften die strafprozessualen Funktionen der Statthalter an eigene Beamte, die Bezirksanwälte, übertragen.

**) Vgl. aber Ges. betr. Vereinf. des Staatshaushaltes vom 29. November 1894.

***) Für den „cercle de Lausanne“ sind die strafrechtlichen Funktionen der justice de paix einem besonderen Beamten, dem „juge informateur“ übertragen.

Wenn hier von Untersuchung die Rede ist, so ist damit nur die Hauptuntersuchung gemeint, die zur direkten Ueberweisung ans erkennende Gericht führt. In wie weit die allfällige Generaluntersuchung von andern Organen geführt wird, darüber siehe § 18, IV.

I. *Die Tabelle zeigt uns die sachliche Zuständigkeit der betreffenden Untersuchungsorgane.* Wir sehen, dass die Mehrzahl der Kantone den Untersuchungsbeamten für alle in seinem Amtssprengel begangenen Delikte (Polizeiübertretungen ausgenommen) zur Strafuntersuchung kompetent erklärt.

Nur Luzern, Schwyz, St. Gallen, Graubünden, Thurgau und teilweise auch Aargau schaffen besondere Untersuchungsorgane nach der Art des begangenen Delikts. Es ist jedoch zu bemerken, dass

Luzern den Amtsstatthalter auch für zuständig erklärt zur Vornahme von Kriminaluntersuchungen, sofern „die Untersuchung einfach ist“ (§ 26⁵⁰), während das bündnerische Kreisgericht einen derart beschränkten Kompetenzenkreis besitzt, dass seine Zuständigkeit kaum mehr viel über die eines Polizeigerichtes hinausgeht.⁵¹) Für die Vergehensfälle endlich lässt Aargau die Durchführung der Untersuchung durch den Bezirksammann nur nach Ermessen des Staatsanwaltes zu.

Die Verteilung geschieht, ausgenommen in Schwyz, so, dass das Untersuchungsorgan für Vergehensfälle auch die Generaluntersuchung, resp. die ersten Ermittlungen in Verbrechensfällen leitet. Schwyz dagegen überlässt die Generaluntersuchung aller Fälle dem Bezirksammann; nach Abschluss derselben gelangt die Prozedur entweder an den Bezirksverhörer oder an das kantonale Verhöramt. Damit ist die Möglichkeit nahe gerückt, dass eine Untersuchung durch drei Hände geht, ein System, dessen Mangelhaftigkeit ohne weiteres einleuchtend ist.

II. Ueber *die räumliche Zuständigkeit* gibt uns dagegen die Tabelle nur beschränkten Aufschluss. Es ist diesbezüglich unter Verweisung auf die §§ 11—13 zu bemerken, dass

- a. *Zuständig für den ganzen Kanton sind*: 1) die Verhörer von Uri, Ob- und Nidwalden, Glarus, Zug, Appenzell A. Rh., Graubünden und Thurgau; 2) der Kantonsverhörer von Schwyz; 3) die Untersuchungsrichter (*juges d'instruction, giudici istruttori*) von Baselstadt, Neuenburg, Genf und Tessin; 4) die Verhörkommission von Appenzell I. Rh.
- b. *Zuständig für den betr. Amtsbezirk dagegen* sind die Untersuchungsrichter, d. h. die Gerichtspräsidenten von Bern, Solothurn, Freiburg, Aargau, der *juge de paix* des Kantons Waadt und alle übrigen Untersuchungsbeamten, mit Ausnahme des st. gallischen Gemeindammanns, der nur für die Gemeinde kompetent ist.

III. Für das erste System, *Zentralisation* der Untersuchung, lässt sich geltend machen, dass es ein für das Amt eines Untersuchungsbeamten besser qualifiziertes Beamtenmaterial garantiert, da die Auswahl und demnach die zu erhebenden Ansprüche grösser sind. Ferner ist der Untersuchungsbeamte mehr dem lokalen Einflusse entzogen; die Gefahr, dass die öffentliche Meinung des über ein Verbrechen in Aufregung geratenen Bezirkes den *kantonalen* Beamten beeinflusse, ist gering.

⁵⁰) Die Praxis hat dies so ausgedehnt, dass der Amtsstatthalter in allen Deliktsfällen die Untersuchung durchführt; das Gesetz betr. die Vereinfachung des Staatshaushaltes von 1894 schafft das Verhöramt ab auf 1. Mai 1897.

⁵¹) Volksbeschluss betr. die Ausscheidung der Kompetenzen der Gerichte im Strafverfahren, vom 9. November 1890.

Endlich wird durch das bei einander Residiren von Verhörer und Staatsanwalt das sehr wichtige Zusammenarbeiten dieser beiden Verfolgungsorgane erleichtert.

Als *Mängel der Zentralisation* müssen aber hervorgehoben werden: die Verlangsamung des Verfahrens, die notwendig eintritt, der Mangel an der nötigen Raschheit und Energie in der Verfolgung der Verbrechen, da bis zum Eintreffen des Verhörers aus dem Kantonshauptort kostbare Zeit verstreicht, die leider in den meisten Fällen von den zuständigen Unterorganen nicht ausgenützt wird. Der kantonale Untersuchungsbeamte ist ferner nicht eingearbeitet mit den Polizeiorganen der Bezirke, kennt die dubiosen Existenzen desselben nicht, und ebensowenig die Schlupfwinkel. Endlich ist das Zentralsystem weit kostspieliger in Bezug auf Beschaffung und Entschädigung der Zeugen, Vornahme von Augenscheinen etc.

IV. Für die *Dezentralisation* dagegen spricht vor allem die Raschheit und Promptheit im Beginn der eigentlichen Strafverfolgung, die sie ermöglicht, da der Untersuchungsbeamte rasch und schnell zur Stelle sein kann. Er kennt seine Untergebenen, weiss, was jeder am besten leisten kann. Ihm sind ferner nach kurzer Praxis diejenigen Existenzen und diejenigen Lokalitäten genau bekannt, wo zuerst zugegriffen werden muss. Auch sichern ihm seine privaten Beziehungen manche wichtige Aufschlüsse, die ihm als fernstehendem Beamten nicht gemacht würden.⁵²⁾

Es scheinen mir diese Vorteile die Nachteile der Dezentralisation zu überwiegen und es dürfte meines Erachtens für grössere Kantone die Einsetzung von Bezirks-Untersuchungsbeamten empfehlenswert erscheinen. In den kleinen Kantonen mag dagegen der Kantonalverhörer beibehalten werden. Bei diesem System wird allerdings mit der Schwierigkeit zu rechnen sein, so viele tüchtige Untersuchungsbeamten zu finden. Waadt sucht ihr, und meines Erachtens mit Geschick, zu begegnen, indem zur Beaufsichtigung, Unterstützung, Ergänzung und event. Stellvertretung des *juge de paix* ein kantonaler *juge d'instruction* bestellt wird. Dieser ist der direkte Vorgesetzte der *juges de paix*, der diese überwacht, kontrollirt und *unterstützt*, wo er es für gut findet. Vgl. Art. 36 de la loi du 26 mars 1886:

„La surveillance, la direction et au besoin l'instruction des enquêtes sont confiées à un juge d'instruction.“

Art. 42: „Le juge d'instruction surveille et dirige l'instruction des enquêtes par les juges de paix.“

„Il peut être nanti de la poursuite des délits par le tribunal d'accusation. Il peut aussi se nantir d'office ou à la requête des intéressés.“

⁵²⁾ Sehr interessant ist diesbezüglich, was Bolli in seiner Schrift „Die Untersuchung über den Mord in Löhningen“ S. 84 u. a. O. aus der Praxis eines inquisitorischen Untersuchungsbeamten mitteilt.

„Dans le cas où le juge d'instruction n'est pas nanti, *il se borne à surveiller la marche de l'enquête, dont il peut en tout temps prendre la direction.*“

So dient also der juge d'instruction dazu, einen prompten und geordneten Gang der Strafverfolgungen zu garantiren, indem in ihm *ein subsidiär eingreifendes*, wissenschaftlich und praktisch durch und durch befähigtes Untersuchungsorgan geschaffen ist, das von sich aus oder auf Ansuchen der Beteiligten, event. auch auf gerichtlichen Beschluss hin, die Verfolgung aus der Hand eines unfähigen Untersuchungsbeamten nimmt, oder demselben auch nur zur Seite steht.

Andere Kantone nehmen als Unterstützungs- und Aufsichtsorgan der Untersuchungsrichter die Staatsanwaltschaft in Aussicht. Wegen Ueberhäufung mit den eigentlich staatsanwaltlichen Geschäften kommt aber dieselbe erfahrungsgemäss nie dazu, diesen Beistand zu leisten, vielleicht Bern ausgenommen, das besondere Bezirksprokuratoren besitzt.

III. Kapitel.

Die Staatsanwaltschaft.

§ 15.

A. Im Allgemeinen.

I. Natürlich kann es hier nicht unsere Aufgabe sein, eine eingehende Darstellung der Aufgaben und der Tätigkeit der Staatsanwaltschaft zu geben, wie sich dieselbe aus dem Studium unserer schweizerischen Strafprozessordnungen ergibt. Eine solche Darstellung wird ausserordentlich erschwert durch den Mangel scharfer Abgrenzung zwischen staatsanwaltlichen und gerichtspolizeilichen Aufgaben. (Vgl. § 2.) Namentlich kann hier nicht eingetreten werden auf die Unterschiede zwischen französischer und deutscher Auffassung der Staatsanwaltschaft und auf die vielen möglichen und unmöglichen Kombinationen beider Systeme in unsern schweizerischen Gesetzen. Es kann diesbezüglich verwiesen werden auf die Verhandlungen des schweizerischen Juristenvereins (Zeitschr. f. schweiz. Recht IX, 483 ff.), wo diese Fragen wenigstens gestreift sind. Hier soll nur erörtert werden, welcher Anteil der Staatsanwaltschaft speziell an der Strafverfolgung zugewiesen ist, und es sind insbesondere die näheren Details über die Mitwirkung derselben in den einzelnen Stadien der Strafverfolgung festzustellen.

II. Vorab fallen ausser Betracht die Kantone Appenzell A. Rh. und Appenzell J. Rh., Obwalden und Nidwalden und Graubünden.

Die beiden Kantone Appenzell behelfen sich ganz ohne Staatsanwaltschaft. Appenzell A. Rh. besass zwar in dem Verhöramtspräsidenten des Gesetzes von 1859⁵³⁾ eine embryonale Institution, aus der sich unter günstigen Umständen hätte eine Staatsanwaltschaft weiter entwickeln können, doch sind die Bestrebungen, eine solche einzuführen, gescheitert an der Kostenfrage. Das Trostlose eines solchen Zustandes bedarf keiner weitem Begründung.

Ob- und Nidwalden und ebenso Graubünden sind dagegen noch beim öffentlichen Ankläger alten Stiles stehen geblieben. Derselbe hat weiter nichts zu tun, als die Anklage vor dem erkennenden Gerichte zu vertreten. (Vgl. Nidwalden § 12, Obwalden Art. 15, Graubünden § 34.⁵⁴⁾)

Etwas von der französischen Auffassung der Staatsanwaltschaft als Obergerichtsorgan über den Gang der gesamten Rechtspflege scheint aber doch in Obwalden durchgesickert zu sein, indem P. Art. 15, Ziff. 5 sagt:

„Der Staatsanwalt hat überhaupt zu wachen, *dass das Strafrechtswesen seinen geregelten Verlauf habe*. Zu diesem Zwecke stehen ihm zu allen Zeiten die Protokolle der Justizkommission einerseits und der Gerichte anderseits zur Konfrontation offen.

„Er kann, wenn er es in seiner Pflicht findet, *sowohl der Justizkommission und dem Verhöramt, als auch den Gerichten Rogatorien zustellen*.“

III. In allen andern Kantonen dagegen nimmt die Staatsanwaltschaft bereits an der Strafverfolgung teil. Freilich müssen sich da grosse Differenzen bezüglich des Umfanges dieser Teilnahme ergeben, Differenzen, deren Ursprung namentlich in den Gegensätzen von inquisitorischer und accusatorischer Untersuchung zu suchen ist. Dieselben näher festzustellen, ist Zweck der folgenden Abschnitte.

⁵³⁾ Gesetz betr. das Strafverfahren vom 16. Oktober 1859, Art. 9: „Der Verhöramtspräsident wird vom Grossen Rate gewählt. Er beaufsichtigt das Verhöramt und erlässt die nötigen Anweisungen an dasselbe. *Er verfasst und begründet, wenn er sich den Anträgen des Verhöramtes nicht anschliessen kann, unter Genehmigung der Standeskommission oder ihres Ausschusses die Anklagen zu handen des Kriminal- und Polizeigerichtes und des Obergerichtes.*“

⁵⁴⁾ Das Gesetz ist hier von der Praxis überholt. Art. 34 sagt: . . . „so bestellt der Ausschuss sofort den *Ankläger* und Verteidiger“. In Tat und Wahrheit ist aber von einem Bestellen von Fall zu Fall keine Rede mehr, da schon seit Jahren ein ständiger Ankläger besteht, der „Staatsanwalt“ heisst, laut freundlicher Mitteilung von Herrn Bundesrichter Bezzola sel.

§ 16.

B. Ihr Anteil an den Ermittlungen vor Einleitung der Untersuchung.

I. Der Einleitung der zur Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte führenden Untersuchung geht in der Regel ein Ermittlungsverfahren von mehr oder weniger erheblichem Umfange voraus. Ist dasselbe ein grösseres und *notwendig* der Untersuchung vorangehendes, so haben wir ein der Generaluntersuchung entsprechendes Vorverfahren (siehe §§ 9, 26 und 27).

Während in Deutschland und Oesterreich die Beteiligung der Staatsanwaltschaft an diesen Ermittlungen der Normalfall, ja die Staatsanwaltschaft die eigentliche Trägerin des Ermittlungsverfahrens ist, steht bei uns allein *Tessin* auf diesem Standpunkte. Nur dort allein ist die Staatsanwaltschaft nicht nur die Instanz, die über die Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens entscheidet, sondern auch Trägerin desselben (vgl. *Tessin* Art. 147, wörtlich übereinstimmend mit D. Str. P. O. § 158). Die staatlichen Ermittlungen über das Verbrechen laufen alle in der Hand des Staatsanwaltes zusammen, an ihn sind daher auch die Denunziationen zu richten (Art. 146, verglichen mit Art. 142, Abs. 7) und ihm ist binnen 24 Stunden vom Friedensrichter Bericht zu erstatten (Art. 142, Abs. 7). Das ganze bildet ein förmliches Vorverfahren zu Gunsten und in Händen des Staatsanwaltes, um ihn in Stand zu setzen, über Erhebung der Anklage sich schlüssig zu machen „*per mettersi in grado di decidere, se sia il caso di promuovere l'accusa*“.

II. In allen übrigen Kantonen ist die Staatsanwaltschaft *nicht ausschliessliche* Trägerin des Vorverfahrens. Es steht dagegen:

- a. *Das Ermittlungsverfahren unter staatsanwaltlicher Aufsicht.* Der Staatsanwalt kann dasselbe *eventuell* auch selbst in die Hand nehmen und leiten, so in Luzern, Schwyz, Thurgau, Aargau, vermutlich auch in Bern und Freiburg. Aehnlich in Zug, wo jedoch die Befugnis zur eigenen Leitung ausgeschlossen ist, und ebenso in Wallis. Die Staatsanwaltschaft kann sich dort beteiligen, event. Anträge stellen, ohne aber die Befugnis zu besitzen, den ermittelnden Behörden die Prozedur aus der Hand zu nehmen. Eine Sonderstellung beansprucht Genf. Der *procureur général* kann dort Träger des Ermittlungsverfahrens sein — er ist es auch in der Regel — bei *délits flagrants* (Art. 13, 16—18, 21 ff). In den übrigen Deliktsfällen dagegen ist er gehalten, sofort die ordentliche Untersuchung anzurufen (vgl. Art. 31). Es findet demnach nur bei *délits flagrants* ein eigentliches Ermittlungsverfahren statt, während in den übrigen Fällen die ordentliche Untersuchung beginnt, die aber an das Vorliegen der staatsanwaltlichen Requisition gebunden ist (Art. 42).

Doch kann bei délits flagrants auch der juge d'instruction sofort einschreiten (Art. 40⁵⁵).

- b. *Das Ermittlungsverfahren nur unter der Schlussverfügung der Staatsanwaltschaft*; dieselbe ist an dem Verfahren höchstens insoweit beteiligt, als es sich etwa um Uebermittlung allfällig neu entdeckter Beweismittel handelt. So in Baselstadt, Schaffhausen, Glarus (nach § 18), vermutlich auch Baselland.

III. *Ueber das Ergebnis des Ermittlungsverfahrens entscheidet:*

1. Die Staatsanwaltschaft allein: in Tessin 149; Genf 30; Thurgau B. V. 30; Aargau P. 115; Baselstadt E. G. 25; offenbar auch in Schaffhausen.
2. Unter Zustimmung einer gerichtlichen Behörde: in Glarus 32, vgl. mit 18; Zug 9; Luzern 52, 55.
3. Eine gerichtliche Behörde allein: in Schwyz und Wallis.
4. In Bern und Freiburg scheint der Uebergang formlos zu geschehen. Der Untersuchungsrichter prüft die eingelaufenen Akten und er ist es, der eventuell die Prozedur sistirt, wobei jedoch die staatsanwaltliche Genehmigung Voraussetzung sein dürfte. (Freiburg 144, vgl. mit 37; Bern 85, vgl. mit 235.)

IV. Wo dagegen kein eigentliches Ermittlungsverfahren stattfindet, ist natürlich die Aktivität der Staatsanwaltschaft eine etwas beschränktere dadurch, dass das unmittelbare Einschreiten des Untersuchungsbeamten als Regel gedacht wird; demnach kann die Staatsanwaltschaft nur in subsidium, etwa durch Uebermittlung der an ihn gelangten Anzeigen oder direktes Anbefehlen, die Aufnahme der Untersuchung veranlassen (vgl. Solothurn 104; Neuenburg O. G. 50, P. 226; Waadt 193; Zürich 766; St. Gallen 34). Aehnlich ist das Verhältnis da, wo die Untersuchung in Vergehensfällen eingliedrig geführt wird (vgl. Luzern 20, 50; Thurgau B. V. 6).

§ 17.

C. Ihre Stellung in der eigentlichen Untersuchung.

I. Vieles hieher gehörende ist bereits im zweiten Kapitel angedeutet worden und kann hier nur summarisch wiederholt werden. Die Stellung der Staatsanwaltschaft ist die Kehrseite derjenigen des

⁵⁵) Bezüglich des analogen Verfahrens von Frankreich ist ein Entscheid des cour de cassation criminelle vom 4. Juni 1892 sehr interessant, der ausführt:

„C'est au ministère public seul, en principe, qu'il appartient, de mettre en mouvement l'action publique. En conséquence un tribunal correctionnelle ne peut ordonner, soit directement, soit indirectement, par la voie de sursis à statuer qu'il sera procédé à une information sur une inculpation autre que celle dont il est régulièrement saisi, et au sujet de laquelle il n'y a pas d'information requise par le ministère public.“ (Vgl. Dalloz, Jurisprudence générale, 1893, n. 511.)

Gerichtes. Je umfassender die Stellung des Gerichtes ist, um so weniger kommt die Staatsanwaltschaft zur Geltung und umgekehrt. Wir müssen wiederum gerichtliche und gerichtspolizeiliche Untersuchung auseinander halten. Wir nehmen in der Behandlung letztere voraus, weil in derselben die Staatsanwaltschaft präponderirt.

A. Untersuchung mit gerichtspolizeilichem Zweck. Dieselbe steht unter Aufsicht und Leitung oder wenigstens Direktion der Staatsanwaltschaft oder des Regierungsrates. Daraus resultirt für die Staatsanwaltschaft:

1. *Das Recht, die Vornahme der Untersuchung zu veranlassen.* (Vgl. Zürich 766; Luzern 20, 50; Thurgau B. V. 6, G. G. 25; Aargau P. 116; Baselstadt E. G. 25, 26; Tessin 139; Uri J. R. 1; Schaffhausen § 3⁵⁶); St. Gallen U. V. 4. In Ermangelung der Staatsanwaltschaft steht dieses Recht der Regierungsgewalt zu in Appenzell A. Rh. 6, Ziff. 1; Nidwalden P. 9; Obwalden 13, Ziff. 1.)

2. *Das Recht, bestimmte Untersuchungshandlungen anzuordnen, an der Untersuchung teilzunehmen und eventuell aktiv in dieselbe einzugreifen.* (Vgl. Zürich 766; Luzern 46, 47⁵⁷); Thurgau G. G. 25; Uri Reglement für das Verhöramt von 1842, § 3, Instruktion für den Staatsanwalt, § 2; Schaffhausen 31, 32; St. Gallen U. V. 4; Basel-land P. 4.)

Analoge Befugnisse besitzt die Regierungsgewalt in Appenzell A. Rh. P. 6, Ziff. 2:

„Dem *Justizvorstand* steht zu: 2. Die Kontrolle über die Hauptuntersuchung, die Schlussnahme über die Vollständigkeit derselben und die Ueberweisung an das Kriminalgericht.“

Vgl. damit Obwalden Art. 13, Ziff. 2, Nidwalden § 9, Abs. 2: „Der Regierungsrat leitet und beaufsichtigt die Untersuchung in der Weise, dass er in die aufgenommenen Verhöre Einsicht nimmt, oder sich mündlich Bericht erstatten lässt, und dass er dem Untersuchungsbeamten bestimmte Weisung erteilt, wer und worüber zu verhören, was überhaupt im Untersuch vorzunehmen sei.“

Es schliesst dieses Recht (s. oben 2) die Befugnis in sich, Schluss der Untersuchung verlangen zu können, Inzidententscheidungen über Fragen der Strafverfolgung zu treffen, zu verhaften, Kautionen aufzuerlegen u. s. w.⁵⁸)

Eine abweichende Stellung müssen natürlich die Kantone einnehmen, die die Untersuchung als eine dem Strafverfolgungsorgan geleistete Rechtshülfe betrachten, deren Untersuchungsrichter seine

⁵⁶) In Schaffhausen gilt das auch von der Polizeidirektion, die gleichbedeutend mit dem Justizdepartement ist (vgl. Bolli, S. 2).

⁵⁷) Vgl. Pfyffer, Kommentar hiezu.

⁵⁸) Vgl. Bolli, S. 75: „Auf Entschädigung für die Haft haben sie keinen Anspruch erhoben, nachdem die *Staatsanwaltschaft* eine negative Verfügung getroffen hatte.“

Selbständigkeit bewahrt. Es reden daher Baselstadt E. G. 28, Aargau R. G. § 12, Tessin 158 nur von einem Recht der Staatsanwaltschaft auf Kenntnisnahme von der Untersuchung und beschränken sie auf die Stellung von Anträgen („istanze“), die zudem, soweit sie sich nicht auf die Untersuchungsrichtung beziehen, für den Richter unverbindlich sind. (Vgl. § 10, III. b.)

3. *Das Recht auf endgültige Entscheidung über das Ergebnis der Untersuchung, d. h. also das Recht, die Untersuchung zu sistiren, oder die Prozedur an die zuständigen Gerichte zu weisen.* (Vgl. Zürich 771, 769, 890, 770; Bern 235 [trotz der gerichtlichen Untersuchung in Kriminalfällen]; St. Gallen U. V. 44; Thurgau B. V. 30, G. G. 71 [durch die Anklagekammer-Justizkommission]; Luzern 24, 25; Aargau P. 279 [vgl. mit 279 b]; Baselstadt P. 62; Tessin 162, 164; Schaffhausen P. 40.⁵⁹⁾ Das Gleiche dürfte in praxi auch ausgeübt werden durch die Regierungsgewalt in Uri, Ob- und Nidwalden und Appenzell A. Rh. Verschämte Andeutungen finden sich in Nidwalden P. 128 und Obwalden P. 170.

B. Untersuchung mit gerichtlichem Zweck. Die Beteiligung der Staatsanwaltschaft ist ungemein beschränkt, wie grösstenteils schon Seite 48 ff. ausgeführt.⁶⁰⁾

1. Die Einleitung der Untersuchung geschieht ohne Mitwirkung der Staatsanwaltschaft, denn sie erfolgt in der Regel ex officio durch den Richter oder auf erfolgten Ueberweisungsbeschluss durch den Ober-Untersuchungsrichter. (Vgl. St. Gallen P. 37; Freiburg 144; Waadt 193, 210; Neuenburg 220, 232, 248; abweichend Genf Art. 42 [übereinstimmend bei délits flagrants] 40; Glarus 32; Zug 9; Luzern 55; Graubünden P. 10; Schwyz 56; Wallis 127, 128.) Dagegen ist dem Staatsanwalte die Stellung von Anträgen auf Einleitung der Untersuchung unbenommen. (Vgl. z. B. Glarus 18; Solothurn 104, 105 etc.) Selbstverständlich ist es, dass der Untersuchungsrichter diesen Anträgen soweit Folge zu leisten hat, bis er von der mangelnden Begründung derselben überzeugt ist. Darüber hinaus verpflichtet der staatsanwaltliche Antrag nicht. *Somit ist derselbe unverbindlich und kann mittelst motivirten Entscheides abgelehnt werden.* Gegen diesen Bescheid steht aber der Rekurs ans vorgesetzte Gericht zu. (Vgl. Waadt 253, vgl. mit 257; Solothurn 113, 114; Wallis 190; Neuenburg 292, speziell 247; Genf 171.)

2. Nach Einleitung der Untersuchung steht zwar dem Staatsanwalte die Einsicht in die Akten, die Stellung von Anträgen, die Teilnahme an den Untersuchungshandlungen zu, *aber ohne aktiv in die Untersuchung eingreifen zu dürfen.* Seine Anträge sind unverbindlich

⁵⁹⁾ Vgl. Bolli, S. 4.

⁶⁰⁾ Es sei hier daran erinnert, dass St. Gallen, Luzern und Bern in Kriminalfällen eine gerichtliche, in korrektionalen Fällen eine gerichtspolizeiliche Untersuchung haben. Daher ihre Zitation unter beiden Kategorien.

(ausdrücklich Luzern § 50, zit. oben). Deutlich kennzeichnen auch die Bestimmungen von St. Gallen den Unterschied der Stellung des Staatsanwaltes im polizeilichen und gerichtlichen Untersuchungsverfahren; vgl. P. § 19:

„Er (der Staatsanwalt) wacht über den Gang der Untersuchungen und ist berechtigt, zu jeder Zeit über deren Stand Bericht zu verlangen, von den Akten Einsicht zu nehmen, bezügliche Anträge an die Untersuchungsbeamten zu stellen, sowie den Untersuchungshandlungen beizuwohnen.“

Dagegen U. V. 4: „Der Staatsanwalt wacht über den Gang des korrekzionellen Untersuchungswesens, *ordnet nötigenfalls von sich aus die strafrechtliche Verfolgung von Vergehen oder die Vervollständigung von Untersuchungen an*, kann auch in wichtigen Fällen den Verhören und Zeugeneinvernahmen beiwohnen *oder selbst Erhebungen pflegen*, und erteilt auf Einfragen der Bezirksammänner die erforderlichen *Weisungen*.“ (Vgl. Zug § 12, zu vergleichen mit § 47, 14; Solothurn 198.)

Doch kann hier der Staatsanwalt Schluss der Untersuchung verlangen, wenn er genügend Material zur Erhebung der Anklage findet (§ 201), *dagegen kann er die Untersuchung nicht sistiren*.

Vgl. ferner Schwyz 123; Waadt 257, 211 und Art. 2 de la loi du 21 novembre 1874 (*es soll* der Staatsanwalt in der Regel den Zeugen- und Angeschuldigten-Einvernahmen nicht beiwohnen, er *kann* es aber „dans les cas où le ministère public estime sa présence nécessaire“); vgl. auch Art. 257; Neuenburg 249, 155, 156, 157, vgl. mit 292; Wallis 22, 23, vgl. mit 190; Freiburg 37, vgl. mit 210, 220 und namentlich 218, 228, 239; Bern lässt in Art. 85 den Bezirksprokurator „Befehle“ an den Untersuchungsrichter erteilen, aber es darf bezweifelt werden, ob nicht nichtsdestoweniger der Untersuchungsrichter die Vollziehung derselben ablehnen und damit den Beschluss der Anklagekammer provoziren dürfe, 80, 168, 172, 174, 230, 234 und besonders 236, 239, 240 u. s. w., wonach immer und immer die Anklagekammer angerufen wird.

3. *Nach Schluss der Untersuchung ist dem Staatsanwalt die Sorge für die Vollständigkeit der Akten überbunden*. Er hat dieselben zu prüfen und ist berechtigt, Vervollständigungsbegehren zu stellen. (Vgl. Glarus 92; Solothurn 204; Schwyz 169; Zug 46, Freiburg 220; Wallis 187; St. Gallen P. 120; Luzern 175.) Ausdrücklich ordnen aber Luzern § 175, Abs. 2, Zug § 47 an, dass der Verhörrihter nicht verpflichtet ist, diesen Begehren Folge zu geben, und sie abweisen kann. Glarus verlangt in Art. 93 überhaupt einen Gerichtsbeschluss über Zulassung aller Vervollständigungsbegehren, sowohl der staatsanwaltlichen, wie der des Verteidigers. Aehnlich scheint die Meinung der Art. 262 ff. der P. der Waadt zu sein:

Art. 262: „Dans les trois jours, si possible, dès la réception de l'enquête, le procureur général *la transmet au tribunal d'accusation*.“

„Lorsque le procureur général estime que l'enquête n'est pas complète, *il indique les opérations* qui lui paraissent devoir être faites.“

Art. 263: „A moins d'impossibilité reconnue et constatée au procès-verbal, *le tribunal en délibère* dans les quatre jours dès la réception du préavis.“

Art. 264: *Si l'enquête n'est pas complète, le tribunal la renvoie au juge, en indiquant les opérations à faire.*“

„*Il peut aussi charger un autre juge de faire ce complément.*“

Offenbar steckt der Gedanke, dass der Staatsanwalt die Vollständigung nicht erzwingen könne, auch in der Differenzierung, die Art. 220 der P. Freiburgs zwischen Staatsanwalt und Anklagekammer macht:

„Findet der Richter, dass die Untersuchung vollständig ist, so verordnet er deren Schluss, unter Vorbehalt *für die Staatsanwaltschaft, den Beschuldigten und dessen Verteidiger*, eine Ergänzung derselben zu verlangen, und *für die Anklagekammer*, dieselbe zu verordnen.“

Im weitem liegt dem Staatsanwalte, da wo ein solcher funktioniert, die Stellung seines *Gutachtens* zu Handen der Anklagekammer ob. Es kann dies auch in mündlicher Motivierung geschehen (Freiburg Art. 224; Bern 247; Luzern § 176, 52, dazu Anmerkung Pfyffers; namentlich aber Genf Art. 180). Schriftlich wird dagegen der „*préavis*“ eingegeben in Waadt 262, Neuenburg 297, und ebenso die staatsanwaltlichen „Anträge“ an das Anklagegericht in Zug 48, Glarus 88, 90, 93, St. Gallen 121. Nirgends wird geredet von einer Anklageschrift, und auch mit Fug und Recht. Der Staatsanwalt steht ja einer Prozedur gegenüber, deren Litiscontestation schon längst erfolgt, die seiner Verfügung entzogen ist. Er kann nur noch beantragen, sein Gutachten, seine unmassgebliche Meinung abgeben. *Das Gericht ist es, das die Anklagepunkte normiert, das direkt Anklage erhebt.* (Vgl. § 10, II.)

II. Eklatant und deutlich kommen in diesen Bestimmungen die fundamentalen Unterschiede der staatsanwaltlichen Stellung im polizeilichen und gerichtlichen Verfahren zum Ausdruck. Im ersteren ist er der dominus persecutionis, „der Herr der Anklage“. Noch ist das Verfahren in seiner Hand; er kann es niederschlagen, ohne dass die Justiz davon berührt wird. Noch ist der Delinquent nur Angeschuldigter, noch ist er nicht der richterlichen Gewalt ausgeliefert. Im zweiten Falle dagegen wird dem Staatsanwalte bedeutet, dass man seine Gegenwart zwar dulde, dass man sie aber nicht gerade für notwendig finde. Die Verfügung über Prozedur und Angeschuldigten ist ihm entrissen. Seine Meinung wird gehört, gibt aber nicht den Ausschlag; im Gegenteil, an ihm ist es, die Befehle des Ober-Untersuchungsgerichtes auszuführen, mögen sie noch so sehr mit seiner

Rechtsüberzeugung im Widerspruch stehen. Nur Solothurn enthebt ihn dieser unangenehmen Situation, indem es in § 216 bestimmt:

„Wenn der Staatsanwalt beantragt, den Angeschuldigten ausser Verfolgung zu setzen, die Anklagekammer aber eine Ueberweisung an das Schwurgericht für gerechtfertigt findet, so soll eine entsprechende Anklageschrift eingereicht werden. *Die Anklagekammer kann vom Regierungsrate die Bezeichnung eines Anwaltes verlangen, welcher die Anklage vertritt.*“

IV. Kapitel.

Die gerichtliche Polizei, insbesondere ihre Organisation.

§ 18.

Die Aufgabe der gerichtlichen Polizei nach den kantonalen Gesetzen.

I. Der Code d'instruction criminelle definirt in Art. 8 die Aufgaben der gerichtlichen Polizei folgendermassen:

„La police judiciaire recherche les crimes, les délits et les contraventions, en rassemble les preuves, et en livre les auteurs aux tribunaux, chargés de les punir.“

Diese Definition ist fast wörtlich übernommen worden von Waadt Art. 166, Genf Art. 10, Freiburg Art. 32 und Bern Art. 38. Dennoch ist die Definition falsch; denn sie lässt die Untersuchung dieser Kantone ebenso, wie diejenige Frankreichs, als eine gerichtspolizeiliche erscheinen. Sie ist dies aber bekanntlich nicht.

Wie will eine Untersuchung, die nach streng inquisitorischen Grundsätzen, wie die französische, die freiburgische und bernische, und wenigstens mit inquisitorisch-gerichtlichen Zwecken, wie die waadtländische und genferische, geführt wird, die unter Leitung eines mit einer ungeheuren Machtbefugnis ausgerüsteten Richters steht, *eine Untersuchung, die nur mehr durch Richterspruch beendigt werden kann*, den Anspruch erheben, eine gerichtspolizeiliche zu sein, da ihr doch das wesentlichste Requisit einer solchen, die Unabhängigkeit von allen Gerichten, fehlt?⁶¹⁾

⁶¹⁾ Vgl. Planck, S. 208: „Der Unterschied von der gerichtlichen (Voruntersuchung) liegt demnach nicht eigentlich in dem Zweck, nicht in den zu benutzenden Kenntnisquellen, nicht einmal in den Mitteln, dazu zu gelangen, sondern darin, dass die Leitung und Beschlussfassung über die ge-

Die Franzosen suchen sich zu helfen, indem sie sagen, dass die gerichtliche Polizei eben inbegriffen sei in den Kompetenzen des Untersuchungsrichters, und dass somit dieser auch nichts anderes als eine gerichtspolizeiliche Stellung einnehme: „*Le droit de la police judiciaire est donc contenu dans le droit du juge. Tout ce que font les officiers de police en vertu d'une délégation spéciale, il le fait en vertu de son office.*“ (Hélie, traité, vol. III, n. 55, zitiert § 9.) Wir aber sagen, der Richter *war* einst zugleich Funktionär der gerichtlichen Polizei, er *ist* es aber nicht mehr.

II. Der innere Grund, warum die Franzosen ihre Untersuchung als gerichtspolizeiliche betrachten, dürfte eben eher zu suchen sein in der in § 2 signalisirten Identifizierung von police judiciaire und ministère public. Weil letzteres an der Untersuchung sich beteiligt und seine réquisitions stellt, halten sie die Untersuchung für eine gerichtspolizeiliche. Doch ist von einer staatsanwaltlichen Leitung der Untersuchung keine Rede. Im Gegenteil, der Untersuchungsrichter ist Träger des Verfahrens geworden, und nur er. Was den ganzen französischen Strafprozess auszeichnet, das Prunkten mit accusatorischen Formen, unter denen der alte unverbesserliche Inquisitionsprozess sitzt⁶²⁾, trifft auch hier zu. Scheinbar ist die gerichtliche Polizei Trägerin des Verfahrens bis zur Uebergabe desselben an das erkennende Gericht; in Tat und Wahrheit aber endet ihre prozessleitende Tätigkeit mit dem Uebergang der Prozedur an den Untersuchungsrichter. Wohl ist dieser ebenfalls mit den Aufgaben der gerichtlichen Polizei betraut, er erfüllt aber dieselben nicht als Beamter der gerichtlichen Polizei, wie die Franzosen glauben machen, und nicht für diese, sondern weil er *inquisitorischer, d. h. mit der Strafverfolgung ex officio betrauter Richter ist*. Gerade desshalb, weil er Richter, und zwar nicht nur Richter dem Scheine nach, ist, kann er nicht Beamter der gerichtlichen Polizei sein. Er erfüllt deren Aufgaben nicht aus einem „pouvoir nouveau“, wie Hélie richtig bemerkt, sondern aus einem „pouvoir qui était en lui“, d. h. das ihm von Inquisitionswegen gebührt, er erfüllt sie mit einem Wort, weil man vergessen hat, dass police judiciaire und justice im modernen Verfahren eigentlich Gegensätze sein sollten, und dass das angeblich in der police judiciaire zum Ausdruck kommende Prinzip der Gewaltentrennung noch nicht damit verwirklicht ist, dass man den Richter einfach unter den Beamten der gerichtlichen Polizei miteinrechnet.

richtliche Voruntersuchung von dem Ermessen des Gerichtes abhängt, so dass die Staatsanwaltschaft ihre Ansicht nur in der Form von Anträgen und Beschwerden dem vorgesetzten Gericht zur Geltung bringen kann, während sie in der polizeilichen in beiden Beziehungen durchaus selbständig ist. Die Kenntnisquellen sind dieselben, die auch dem Untersuchungsrichter zu Gebote stehen. In den Mitteln, dazu zu gelangen, ist indessen die Staatsanwaltschaft dadurch beschränkt, dass sie der Zwangsgewalt entbehrt, welche die Gesetze mit Recht der Verwaltung eines Gerichtes anvertraut haben.“

⁶²⁾ Vgl. Glaser, in Holtzendorffs Hdb. I, S. 26 ff., Planck, S. 30 ff.

III. Die Unrichtigkeit der französischen Definition ist auch erkannt worden von Neuenburg; es korrigirt P. Art. 149: „.... et en livre les auteurs *aux juge d'instruction*.“ Das ist das Richtige! Mit der Uebergabe des Falles an den Untersuchungsrichter wird dieser wohl Vorgesetzter der gerichtlichen Polizei und kann ihre Dienste in Anspruch nehmen; aber selbst Organ derselben wird er nicht, er ist und bleibt Richter.

Wir müssen demnach, um für alle Fälle eine zutreffende Definition der gerichtlichen Polizei zu haben, sagen: „Die gerichtliche Polizei erforscht und verfolgt Verbrechen und Vergehen zwecks Ueberweisung der Delinquenten an die Justiz.“ Wir bringen damit Justiz und gerichtliche Polizei in Gegensatz zu einander, und es dürfte das wohl zulässig sein, obgleich ja im Grunde genommen auch die gerichtliche Polizei im Interesse der Justiz handelt. (Vgl. § 2.) Doch können wir sehr wohl sagen, die Beteiligung der gerichtlichen Polizei an der Strafverfolgung resultirt nicht nur aus einer Art Gehülfsenschaft gegenüber der Justiz, sondern sie geht auch hervor aus der eigenen inneren Aufgabe der Polizei, für die öffentliche Sicherheit zu sorgen. Gerade darin, dass sie kein Mittel unversucht lässt, alle Kräfte einsetzt, um ein Verbrechen zu entdecken und den Urheber desselben habhaft zu machen, liegt eines der wirksamsten Mittel, die Sicherheit aufrecht zu erhalten. Ganz wohl kann auch gesagt werden, es liegt im Rahmen der polizeilichen Aufgabe, die Verfolgung des begangenen Verbrechens soweit auszudehnen und die Beweismittel soweit zu sammeln, dass auf Grund derselben die Justiz *unwider- ruflich* befasst werden kann. Erfahrungsgemäss wird auch der Fehler der Polizei in die Schuhe geschoben, wenn ein Verbrecher nicht habhaft gemacht oder die Beweismittel gegen ihn nicht genügend gesammelt waren.

IV. Unter Ueberweisung an die Justiz kann somit nur ein derartiger Akt verstanden sein, der die Prozedur endgültig der Verfügung eines nicht gerichtlichen Organes entzieht, aber auch anderseits für ein und allemal die Justiz mit dem Falle befasst. Daraus wird sofort eines klar, nämlich, dass der Umfang der Beteiligung der gerichtlichen Polizei nach unsern kantonalen Rechten ein dreifach verschiedener sein muss, darum, weil die Gerichtsbarkeit, die Justiz, in drei verschiedenen Zeitpunkten sich des Falles annimmt. Wir haben demnach zu unterscheiden:

- a. *Beschränkung der gerichtlichen Polizei auf die bloss allernotwendigsten Feststellungs- und Verfolgungshandlungen.* Das gilt überall da, wo der Richter bei gerichtlicher Untersuchung die Untersuchung ohne weiteres beginnt; so in Wallis, Graubünden, Neuenburg, Waadt, Genf (mit Beschränkungen), Solothurn und St. Gallen (Verbrechensfälle).
- b. *Zuständigkeit zur Führung der Generaluntersuchung,* also soweit, bis gegen einen bestimmten Schuldverdächtigen mit voller Wahr-

scheinlichkeit auf Erfolg die gerichtliche Untersuchung eingeleitet werden kann; so in Luzern, Glarus, Zug, Schwyz, Freiburg, Bern, ebenso in der Bundesstrafprozessordnung.

- c. *Zuständigkeit zur Vorbereitung der Anklage*, also bis zur Ueberweisung an das erkennende Gericht; so in Zürich, Thurgau, Aargau, Baselstadt, Tessin, Baselland — St. Gallen und Luzern in Vergehensfällen —, sowie Appenzell A. Rh., Ob- und Nidwalden, Uri, Schaffhausen.

Die Gewaltentrennung wäre also von den Kantonen der Gruppe C. allein in vollem Umfange durchgeführt, indem dort allein das erkennende Gericht mit der Strafverfolgung nichts zu tun hat, weil diese in die Hand selbständiger, vom Gerichte unabhängiger Organe nicht richterlicher Natur gelegt ist. Wir haben diese Organe gerichtspolizeiliche genannt, indem wir den Staatsanwalt unter den in § 2, VII ff. gemachten Vorbehalten als ein Organ der gerichtlichen Polizei bezeichnen. Nicht gerichtspolizeiliche Organe sind natürlich die Richter, sofern dieselben bloss Akte der Rechtshülfe leisten. (Vgl. § 10, III.)

Dass freilich die Gewaltentrennung der Kantone, deren Untersuchung ausschliessliche Urteilsgrundlage erbringt, eine ebenso fiktive ist, wie diejenige Frankreichs, liegt auf der Hand. Hier ist es der Verfolger, der de facto zugleich richtet, dort der Richter, der de facto zugleich verfolgt.

§ 19.

Die Organisation der gerichtlichen Polizei.

I. Haben wir oben als Aufgabe der gerichtlichen Polizei im allgemeinen die Nachforschung nach den Verbrechen, sowie die Verfolgung derselben zwecks Anrufung der Justiz, bezeichnen können, so müssen wir nun noch kurz einen Blick werfen auf die von den Kantonen getroffene Organisation, um diesen Aufgaben nachzukommen. Nachstehende Tabelle (siehe S. 81) gibt uns darüber eine Uebersicht.

Schaffhausen habe ich deshalb an den Schluss genommen, weil die Organisation der gerichtlichen Polizei in diesem Kanton aus den Gesetzen nicht klar ersichtlich ist. Wenn in der letzten Kolonne in der Regel die Staatsanwaltschaft als Chef der gerichtlichen Polizei genannt ist, so ist das mancherorts nur cum grano salis zu verstehen, d. h. die Staatsanwaltschaft ist wohl das oberste Organ der gerichtlichen Polizei, ohne aber dieselbe unter seinem einheitlichen straffen Kommando zu haben. (Vgl. die Bemerkungen zu § 16 und § 19, IV.)

II. Als unterstes Glied polizeilicher Strafverfolgungsorgane wären natürlich die Polizeiangestellten zu betrachten. Die Gliederung derselben aufzuzählen, ist hier nicht der Ort; es kann diesbezüglich verwiesen werden auf: Guillaume, statistique des corps de gendarmerie en Suisse (Zeitschr. f. schweiz. Statistik 1874), und Hürst, die

Kantone	Organ der Gemeinde	Organ des Bezirkes	Chef der gerichtlichen Polizei
Zürich . .	Gemeindeammann	Statthalter	Staatsanwalt
Bern . . .	Einwohner-Gem.-Prs.	Regierungsstatthalter	Staatsanwalt
Luzern . .	Gemeindeammann	Amtsstatthalter	Staatsanwalt
Uri . . .	{ Gemeindeammann \ Friedensrichter	Bezirksammann, resp. Landammann	Regierungsrat Staatsanwalt
Schwyz . .	Gemeindepräsident	Bezirksammann	Staatsanwalt
Obwalden .	Einwohner-Gem.-Prs.	Polizei-, resp. Landammannamt	Landammann
Nidwalden.	Einwohner-Gem.-Prs.	Polizei-, resp. Landammannamt	Regierungsrat
Glarus . .	Polizeivorst. d. Gem.	—	Krim.-Ger.-Prs.
Zug . . .	Gemeindevorstand	Polizeidirektion	Staatsanwalt
Freiburg .	Gemeindeammann	{ Oberamtmann \ Friedensrichter }	Staatsanwalt
Solothurn .	Gemeindeammann	Oberamtmann	Staatsanwalt
Baselstadt .	Polizeidepartement	Polizeidepartement	Staatsanwalt
Baselland .	Gemeindepräsident	Bezirksstatthalter	Staatsanwalt
App. A. Rh.	{ Gem.-Polizeiamt \ Gem.-Gerichtsprs. }	Polizeidirektion	Justizvorstand
St. Gallen .	Gemeindeammann	Bezirksammann	Staatsanwalt
Graubünd. .	Gemeindevorstand	—	?
Aargau . .	Gemeindeammann	Bezirksammann	Staatsanwalt
Thurgau . .	{ Gemeindeammann \ Ortsvorsteher	Bezirksstatthalter	Staatsanwalt
Tessin . .	Sindaco	Giudice di pace	Staatsanwalt
Waadt . . .	Syndic	Préfet	Staatsanwalt
Wallis . .	Présid. de la commune	—	Staatsanwalt
Neuenburg.	{ Conseils communaux \ Ortsvorsteher	Préfet Juge de paix	Staatsanwalt
Genf . . .	Maire	Juge de paix	Staatsanwalt
Schaffhaus.	Gemeindepräsident	Polizeidirektion	Staatsanwalt

kantonalen Polizeikorps (ebendasselbst, 1892, S. 357). Nur so viel mag gesagt sein, dass in der Regel zwei Polizeikorps nebeneinander bestehen, die kantonale und die Gemeindepolizei. Letztere dürfte speziell keine gerade grossen Dienste im Interesse der Strafverfolgung zu leisten haben. Nidwalden, Baselland und Baselstadt scheinen sich dagegen nur mit kantonaler Polizei zu begnügen. Neben Kantonen, deren Polizeiorganisation billigen Anforderungen genügen dürfte⁶³⁾, befinden sich aber solche, deren polizeiliche Zustände an die Grenze der Trostlosigkeit streifen. Als Beispiel mag Appenzell A. Rh.

⁶³⁾ Die „loi sur l'organisation des corps de police“ von Genf (17. Dez. 1895) zählt z. B. nicht weniger als drei Korps auf, ein corps de sûreté, ein corps de gendarmerie und ein corps de gardes ruraux, deren Bestand auf 8 Offiziere mit 260 Unteroffizieren und Soldaten gebracht werden kann.

gelten, das im Grunde genommen nur Gemeindepolizeiangestellte besitzt. Dieselben werden von der Gemeinde gewählt, sie hausen lebenslänglich in der Gemeinde, sind Mitglieder von so und so viel Schützen- und Gesangvereinen, und spielen nebenbei meist den amtlichen Briefträger und Busseneinzieher. Von einer kantonalen Polizei ist vorläufig ein vielversprechendes Embryo vorhanden, nämlich der Kommandant derselben, der Kantonspolizeiwachtmeister, der indessen nach Art. 5 und 6 der Verordnung über das Polizeiwesen einstweilen noch niemanden, als allfällig die Arrestanten, zu kommandiren hat. — Ueber den Anteil der Polizeiangestellten an der Strafverfolgung siehe § 26.

III. Neben den in die Gemeinden verteilten reinen Polizeiangestellten ist allgemein in der Gemeinde ein besonderes Organ mit den Aufgaben der Strafverfolgung bezeichnet. In der Regel ist dies der Gemeindevorsteher, selten eine besondere Magistratur, wie der Gemeindammann in Zürich, der Polizeivorsteher in Glarus und Appenzell A. Rh. Die Kompetenzen dieser Beamten sind in der Hauptsache dieselben. Zunächst sind sie gewissermassen Chef des örtlichen Sicherheitsdienstes, somit direkte Vorgesetzte der im Orte stationirten Polizeibeamten. Andererseits aber liegt ihnen bereits die erste Einleitung der Strafverfolgung ob. (Vgl. §§ 26 und 27.) Doch geht die Kompetenz dieser Gemeindebeamten nicht über die Vornahme der dringendsten Ermittlungen hinaus. Einzig Glarus, St. Gallen und Appenzell haben den Gemeindebeamten zuständig erklärt zur Leitung des ganzen Ermittlungsverfahrens, ja der ganzen Untersuchung in Vergehensfällen. Dabei ist indessen zu bemerken, dass in Appenzell A. Rh. die völlige Generaluntersuchung nicht mehr vom Gemeindepolizeiverwalter, sondern vom Präsidenten des Gemeindegerrichtes durchgeführt wird (vgl. Art. 3 der P. O.), aber immerhin ist dies doch auch ein Organ der Gemeinde. (Ueber das nähere vgl. § 26.)

IV. Bezirksbeamter zwecks Erfüllung der Aufgaben der gerichtlichen Polizei ist in der Mehrzahl der Kantone der Bezirksammann (Bezirksstatthalter oder wie der in Administrativsachen dem Bezirke vorgesetzte Beamte noch heissen mag). In den kleinen Kantonen, die sozusagen aus nur einem Administrationsbezirk bestehen, tritt an Stelle des Bezirksbeamten bereits die kantonale Polizeidirektion, das Landammannamt etc. (vgl. z. B. Ob- und Nidwalden, Schaffhausen, Zug, Baselstadt), und zwar mit wesentlich gleichen Kompetenzen; Graubünden und Wallis scheinen eine Gliederung nicht zu besitzen, sie ist auch dort insofern nicht notwendig, als die Justiz, d. h. der Präsident des Kreis- resp. Bezirksgerichtes, ohne weiteres einschreitet.⁶⁴⁾ Der Gerichtspräsident ist eben durch und durch der alte Inquirent, der selbst die gerichtliche Polizei ausübt.

⁶⁴⁾ Vgl. Graubünden P. § 10: „Jeder Gemeindevorstand ist verpflichtet, von einem auf dem betreffenden Territorium verübten Vergehen *sofort Anzeige an den Kreisgerichtspräsident zu machen und bis auf weitere Verfügung desselben* die dringendsten Untersuchungshandlungen vorzunehmen und

Freiburg, Neuenburg und Uri besitzen als Bezirksinstanz für die Funktionen der gerichtlichen Polizei zwei Beamten; erstere beiden den Oberamtmann oder Präfekten neben dem Friedensrichter. Während aber der freiburgische Friedensrichter blosser Stellvertreter des Oberamtmanns ist, seine Kompetenzen also von diesem ableitet (Art. 50), weist Neuenburg dem Friedensrichter eine ganz besondere Aufgabe zu; vgl. Art. 154:

„*Indépendamment de leurs autres attributions comme fonctionnaires de police judiciaire, les juges de paix sont spécialement chargés de procéder à la levée des cadavres et d'en dresser procès-verbal en la forme ordinaire, avec l'assistance de leur greffier.*“

Es erklärt sich das aus der Tatsache, dass Neuenburg, meines Erachtens allzu ängstlich, allen nicht gerichtlichen Beamten, so auch dem Staatsanwalt (vgl. Art. 157), die Urkundsbefugnis abspricht.

IV. Als tatsächliches Haupt der gerichtlichen Polizei müssen wir die Regierungsgewalt selbst bezeichnen, also das Justizdepartement, auch die Justizkommission. Selbst Genf sagt in Art. 12:

„*En dehors des officiers de police judiciaire, le Conseiller d'Etat chargé du Département de Justice et Police peut également pendre les mesures nécessaires pour constater les infractions, et en faire poursuivre.*“

(Vgl. damit, noch deutlicher ausgesprochen, Thurgau G. G. 16, Aargau P. 6, Waadt 168, Zürich 768, 771, auch Oesterreich Str. P. O. § 30 und Sachsen St. P. O. von 1853, Art. 76.)

Unter dem Regierungsrate stehend, ist es dann allerdings die Staatsanwaltschaft, welche die unmittelbare und nach aussen in die Augen springende Leitung und Aufsicht ausübt. Nur wenige Kantone, namentlich Tessin, Baselstadt, Freiburg, Bern, Wallis und Neuenburg, gewähren dem Staatsanwalt eine selbständige und, soweit es sich nicht um offenbare Amtspflichtverletzung handelt, von den Exekutivbehörden unabhängige Stellung. Es sagt beispielsweise Wallis Art. 14, Abs. 2:

„*Il (le rapporteur) n'est responsable envers personne de ces opinions et de ses conclusions*“

während Neuenburg in Art. 155 bestimmt:

„*Les fonctions du ministère public sont exercées par le procureur général*“. Dazu macht Cornaz im Kommentar S. 33 die Bemerkung: „Assurément, à Neuchâtel, le procureur général est indépendant, en vertu du principe constitutionnel des séparations des pouvoirs, autant et plus qu'il ne l'est ailleurs.“

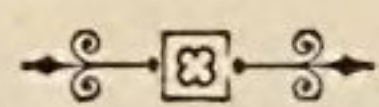
namentlich für Erhaltung der Spuren des Vergehens oder Verbrechens besorgt zu sein.“ Wallis Art. 54: „*Lorsqu'un crime ou un délit a été commis, si le fait est de nature à être poursuivi d'office, le président du tribunal poursuit promptement, soit par des gardes, soit de toute autre manière, à ce que les traces apparentes du crime ne soient pas détruites accidentellement ou avec intention.*“

In diesen Kantonen dürfen wir also den Staatsanwalt mit vollem Recht als Direktor der gerichtlichen Polizei bezeichnen.⁶⁵⁾ Treffend kennzeichnet sich in diesen Bestimmungen über die Leitung der gerichtlichen Polizei die historische Entwicklung. Die Leitung der gerichtlichen Polizei war inbegriffen in der Aufgabe des Richters. Später, als die Gewaltentrennung verwirklicht werden sollte, ging sie über an die Regierungsgewalt. Die Rezeption der Staatsanwaltschaft erfolgte zunächst in ihrer angeblichen Funktion als Organ der gerichtlichen Polizei, daher die Einreihung der Staatsanwaltschaft in Bezug auf ihre Funktionen in der Strafverfolgung unter die Organe der gerichtlichen Polizei und die Unterordnung unter die Regierungsgewalt. Allmählig erst kommt die Erkenntnis, dass die Staatsanwaltschaft als Organ der Justiz sich an der Strafverfolgung beteilige. Nunmehr erst wird die Staatsanwaltschaft selbständige Leiterin der gerichtlichen Polizei und *damit zugleich* von der Regierungsgewalt unabhängig.

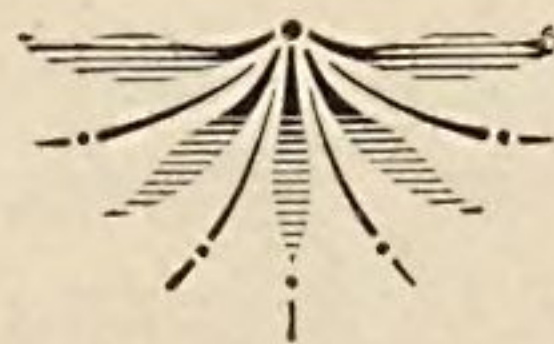


⁶⁵⁾ Freilich will das wenig heissen für den Kanton Wallis, wo schon zu Beginn der Ermittlungen die Justiz in Bewegung gesetzt wird.

II. Teil.



Das Verfahren.





II. Teil.

Das Verfahren.

I. Kapitel.

Der Anstoss zur Verbrechenverfolgung.

Einleitung.

Mit dem Momente, in welchem das Verbrechen begangen wurde, ist mit dem staatlichen Strafrecht auch das staatliche, selbst das bedingte staatliche Verfolgungsrecht (Antragsdelikte) frei geworden. Die Ausübung dieses Verfolgungsrechtes setzt aber voraus, dass der Staat von demselben Kenntnis habe, dass ihm das Verbrechen bekannt sei. Somit bedarf es zur Ausübung dieses Verfolgungsrechtes gewissermassen einer Anrufung, eines Anstosses.

Die Kenntnisnahme von dem begangenen Verbrechen seitens des Staates kann erfolgen:

- a. Durch Anzeigen oder Denunziationen seitens Privater oder staatlicher Organe;
- b. durch förmliche Klage von Privaten;
- c. durch eigene Wahrnehmung der Verfolgungsorgane;
- d. durch das Gerücht.

Letztere beiden Arten des Anstosses, die das staatliche Verfolgungsorgan zum Eingreifen von sich aus veranlassen, ohne dass es verlangt oder gewünscht wird, behandeln wir zusammen unter „eigentliche Offizialanhebung“. Die folgenden Paragraphen sind einer eingehenderen Würdigung dieser verschiedenen Arten des Anstosses gewidmet.

§ 20.

Die Anzeige oder Denunziation.

I. Die Anzeige ist eine hauptsächlich vom Inquisitionsprozesse ausgebildete Form der Veranlassung des Einschreitens der Gerichte, resp. heute der Strafverfolgungsorgane. (Vgl. §§ 2 und 5.) Sie enthält einfach die Mitteilung an den Staat, dass dieses oder jenes Verbrechen begangen worden sei, ohne daran das ausdrückliche Verlangen zu knüpfen, dass der Staat die Verfolgung aufnehme. Sehr hübsch sagt dies Luzern § 17:

„Die Anzeige (Denunziation) und Klage unterscheiden sich dadurch von einander, dass bei der Denunziation dem Beamten bloss eine Angabe gemacht und gänzlich *seinem pflichtgemässen Gutfinden überlassen wird*, daraufhin eine Untersuchung einzuleiten oder nicht“

An und für sich kann die Anzeige jedem staatlichen Organe gemacht werden, denn jedes solche repräsentirt ja die staatliche Oberhoheit, und diese von dem Verbrechen in Kenntniss zu setzen, bezweckt ja die Anzeige. Die manigfache Gewalten- und Kompetenzausscheidung, welcher der vielgestaltige moderne Staatsorganismus gerufen hat, führte aber dazu, dass die speziellen Pflichten resp. Rechte zur Strafverfolgung besonderen staatlichen Organen, und diesen allein, zugewiesen wurden. Daher gilt als *Anzeige im engeren Sinne* nur diejenige, die eben diesen besondern Organen, welche wir in complexu „die gerichtliche Polizei“ genannt haben, zukommt.

Die Anzeige, die andern staatlichen Organen zukommt, ist aber deswegen nicht unwirksam, rechtlich bedeutungslos geworden, denn sie erzeugt eine Pflicht des betreffenden Organes, diese Anzeige weiterzuleiten an die kompetente Behörde. Diese Pflicht resultirt aus der allgemeinen Anzeigepflicht der staatlichen Organe; sie resultirt aber auch aus der inneren Solidarität sämtlicher staatlicher Organe, die nur in ihrer Gesamtheit, in ihrem Zusammenarbeiten den staatlichen Pflichten der Oberhoheit zu genügen vermögen. Die Uebermittlung der Denunziation von einer Behörde an die andere, kompetente, ist daher an sich durchaus nicht Anzeige, sondern einfach ein Akt internen Geschäftsverkehrs der staatlichen Organe unter einander. Anzeige wird diese Uebermittlung erst dann, wenn sich der erst avisirte Beamte nicht darauf beschränkt, die ihm zugestellte schriftliche Anzeige kommentarlos an das zuständige Organ zu leiten, sondern aus eigener Initiative die nötigen Aufklärungen zu erlangen sucht, und somit im Falle ist, dem zuständigen Organ auf eigene Beobachtungen gestützte Mitteilungen zu machen. Wir unterscheiden demnach *amtliche* und *private Denunziationen*.

II. *Die amtliche Denunziation.* Verlangt wird also nicht blosse Weiterleitung privater Denunziationen — letztere bleiben private —, sondern Mitteilungen über auf eigene amtliche Wahrnehmungen ge-

stützte Beobachtungen oder Vermutungen von einem begangenen Verbrechen. Gerade darin liegt ja der hervorstechende Wert dieser amtlichen Anzeigen, dass sie hervorgegangen sind aus amtlichem Wissen oder amtlicher Ueberzeugung von dem Vorliegen eines Verbrechens. Dieser Umstand sichert der amtlichen Denunziation zum vorneherein eine eingehende Würdigung und eine fast unanfechtbare Glaubwürdigkeit; resultirt diese Anzeige ja doch aus einer unabweislichen Pflicht des staatlichen Beamten einerseits zur Anzeige, anderseits wohl zu prüfen, ob das von ihm Behauptete richtig ist.

Die Pflicht zur amtlichen Denunziation wird übereinstimmend von allen Kantonen allen staatlichen Organen auferlegt. Vgl. z. B. Genf Art. 15:

„*Toute autorité constituée, tout fonctionnaire ou officier public, qui acquiert la connaissance d'un délit ou d'un crime est tenu, d'en donner sur le champ, avis au Procureur général, et de lui transmettre tous les renseignements, procès-verbaux et actes, qui y sont relatifs.*“

Sehr hübsch kommt in dieser Verpflichtung zur Zustellung der Akten die Tatsache zum Ausdruck, dass eben die amtliche Anzeige amtliche Erkundigung und eigenes Sichvergewissern voraussetzt.

Bestrafung wegen unterlassener amtlicher Denunziation sehen vor die Kantone St. Gallen, Schaffhausen und Luzern und selbstverständlich auch diejenigen Kantone, die eine Bestrafung auch wegen unterlassener Privatanzeige vorsehen (siehe nachstehend sub III.). Es sagt Art. 34 des St. G. B. von St. Gallen:

„Begünstiger ist d. *Wer die Anzeige eines verübten Verbrechens oder Vergehens, wo er durch Amt oder öffentlichen Dienst oder vermöge besonderer Pflichtstellung als Aufseher, Wächter, Abwart u. dgl. dazu verpflichtet war, unterlässt, obgleich er eigene Wahrnehmung oder andere zuverlässige Kunde davon hatte.*“

Luzern St. G. B. 43: „Begünstigung ist es auch, wenn Polizeibeamte oder Bedienstete ihrer Dienstpflicht zuwider die Anzeige begangener Verbrechen vorsätzlich unterlassen.“⁶⁶⁾

Während St. Gallen und Schaffhausen jeden Beamten als Begünstiger straft, der die Anzeige überhaupt unterlässt, bestraft Luzern nur den Polizeibeamten und verlangt zudem Vorsätzlichkeit. Beide Auffassungen sind aber meines Erachtens unrichtig, weder das Eine noch das Andere ist Begünstigung im Rechtssinne, obwohl das Unterlassen der Anzeige gewiss dem Verbrecher zu gute kommt. Die Norm, die der staatliche Beamte, welcher die Anzeige unterlässt,

⁶⁶⁾ Schaffhausen St. G. B. 260, Abs. 2: „Die Strafe des Begünstigers trifft denjenigen Beamten oder Bediensteten, welcher zur Anzeige der ihm bekannt gewordenen Verbrechen oder Vergehen verpflichtet ist und diese Anzeige *geflissentlich* unterlässt.“

übertritt, ist nicht die, dem Verbrechen durch Handlungen oder Unterlassungen keinen Vorschub zu leisten, sondern die, beobachtete Verbrechen anzuzeigen. Somit ist der schuld bare Beamte nicht strafbar wegen Begünstigung, sondern vielleicht wegen Amtspflichtverletzung. In diesem Sinne dürfte auch eine Bestrafung zulässig sein nach den Strafgesetzbüchern von Thurgau 275; Graubünden 207; Wallis 131, Abs. 9; Luzern Polizeistrafgesetz 170; Obwalden 61, Polizeistrafgesetz 48; Glarus 149; Freiburg 288; Zürich 212; Tessin 127; Zug 53; Appenzell A. Rh. 67; Solothurn 175; St. Gallen 165. In den übrigen Kantonen scheint dagegen nur eine disziplinarische Ahndung zulässig zu sein.

Die Frage muss nun aber sofort auftauchen, wie verhält es sich mit dieser Amtspflicht, wenn dieselbe in Konflikt kommt mit den persönlichen Pflichten des Beamten gegenüber seiner Familie, seinen Verwandten? Speziell vorgesehen hat den Fall Wallis in P. Art. 45:

„L'époux, ainsi que les parens et alliés du délinquant en ligne directe à tous les degrés et en ligne collatérale jusqu'au sixième degré inclusivement, sont dispensés de l'obligation imposée par les deux articles précédens“ (statuant l'obligation de dénoncer).

Die übrigen Kantone schweigen darüber; doch dürften die Bestimmungen, die sich auf die Pflicht der Anzeige von Verbrechen beziehen, die erst *beabsichtigt* sind, und die Ausnahmen von dieser Pflicht (vgl. die Strafgesetzbücher von Thurgau 39 und 38; Schaffhausen 67; Obwalden 25; Glarus 25 und 23; Zürich 41, 42; Appenzell A. Rh. 30; St. Gallen 164) analoge Anwendung auch auf den Fall der Unterlassung der Denunziation *nach vollendetem Verbrechen* finden.

Im übrigen dürfte gesagt werden, dass die *amtlichen Ausstandsgründe für die Funktion im Strafverfahren auch von der Denunziationspflicht entbinden*.

III. *Die private Denunziation*. Dieselbe ist die von einem nicht amtlichen Organe herrührende Anzeige. Von der amtlichen Denunziation ist sie höchstens in ihrer Wirksamkeit unterschieden, da sie der, letzterer zukommenden relativ hohen Glaubwürdigkeit ermangelt.

Eine private Denunziationspflicht wird im allgemeinen vom modernen Staat abgelehnt, da derselbe ja besondere Fahndungsorgane besitzt. Doch stellen heute noch die Kantone Obwalden, Glarus, Graubünden und Appenzell A. Rh.⁶⁷⁾ diese Pflicht auf. Es liegt darin

⁶⁷⁾ Vgl. Obwalden Art. 2, Abs. 2: „Diese Bestimmung ist aber unvor- greiflich der *allgemeinen Bürgerpflicht zur Anzeige aller Verbrechen und Vergehen*.“

Appenzell A. Rh. § 7: „Zur Anzeige sind alle Amts- und Privatpersonen, welche von einem von Amtswegen zu verfolgenden Straffalle Kenntnis haben, *verpflichtet*.“

Glarus Art. 23: „Zur Anzeige ist jedermann berechtigt, wer vor Gericht als Zeuge auftreten kann oder selbst verletzt worden ist.“ — Art. 24: „Wer zur Anzeige berechtigt ist, ist auch *verpflichtet*, die zu seiner Kenntnis gelangenden Verbrechen und Vergehen zu verzeigen.“

noch das Oficialprinzip des Inquisitionsprozesses ausgesprochen, der den Richter ex officio einschreiten machte, aber gezwungen war, den Privaten als Delatoren zu pressen, und so durch Private eine eigentlich staatliche Funktion zu Gunsten des Staates ausüben liess.

Während aber im alten Inquisitionsprozesse der Anzeigepflicht ein staatliches Strafrecht wegen Ausserachtlassung dieser Pflicht Nachachtung verschaffte und das Versäumen damit zum Unterlassungsdelikt gestempelt war, hat nur ein schweizerischer Kanton dieses Delikt beibehalten, nämlich Graubünden; vgl. Str. G. B. § 42:

„Wer von einem begangenen Verbrechen und dem Täter desselben Kenntnis hat, ist verpflichtet, bei der richterlichen Behörde hiervon Anzeige zu machen, *sobald unschuldige Personen wegen dieses Verbrechens in Untersuchung gezogen worden sind*. Unterlässt er dieses, so soll er je nach der Grösse des verschwiegenen Verbrechens und den sonstigen Umständen *nach dem Ermessen des Richters bestraft werden*.“

Das zitierte Gesetz redet also nur von einer Pflicht zur Anzeige zu Gunsten eines unschuldig in Untersuchung Gezogenen. Von der Anzeigepflicht sind, analog wie bei der amtlichen Anzeigepflicht, in Graubünden ausgenommen die Personen, welche mit dem Verbrecher in einem zum Ausstand berechtigenden Verwandtschaftsverhältnisse stehen (St. G. B. § 43).

Eine teilweise private Anzeigepflicht wird auch nach französischem Muster den Zeugen gewisser Verbrechen auferlegt. Vgl. Genf P. Art. 16:

„Toute personne qui a été témoin d'un attentat soit contre la sûreté publique, soit contre la vie ou la propriété d'un individu, est pareillement tenu, d'en donner avis au procureur général.“

Doch ist auch diese Anzeigepflicht eine etwas problematische, mangels gehöriger Strafbestimmungen.

Mehr sanitätspolizeilichen als strafprozessualen Charakter hat die Pflicht, die von Waadt Art. 203, 204, Neuenburg Art. 238, Tessin Art. 145, dem staatlich konzessionirten Medizinalpersonal auferlegt wird, Verbrechen, von denen dasselbe in Ausübung seines Berufes Kenntnis erhält, anzuzeigen. Die gleichen Vorschriften finden sich in andern Kantonen in den Medizinalgesetzen.

IV. *Form der Denunziation*. An sich ist die Denunziation blosser Mitteilung an die Strafverfolgungsorgane darüber, dass Veranlassung zur staatlichen Strafverfolgung vorliegt. Sie begründet nicht ein Rechtsverhältnis zwischen dem Denunzianten und dem Strafverfolger, involvirt keinen Zwang für letzteren, derselben Folge zu geben. Sie ist ein blosser Appell an seine Amtspflicht; gehorcht er nicht, so kann nur auf dem Wege verwaltungsrechtlicher Beschwerde bei seinen Vorgesetzten wegen Verletzung eben dieser Amtspflicht geklagt werden. Diese Beschwerde ist nicht Rechtsbeschwerde, ein Bescheid kann nicht

verlangt werden, denn es fehlt dem blossen Denunzianten die Legitimation, d. h. der Nachweis, dass seine Interessen verletzt worden seien. Drum findet sich auch nirgends eine Fristansetzung für Geltendmachung dieser Beschwerde.

Unrichtig ist es also, wenn Freiburg Art. 70, Waadt Art. 209, Solothurn § 115, Neuenburg Art. 245, Genf Art. 170 verlangen, dass dem einfachen Denunzianten wie dem plaignant und der partie civile das Recht zugestanden wird, den die Strafverfolgung ablehnenden Bescheid motivirt zu verlangen und gegen denselben ans Gericht zu rekurriren. Gerade darin, dass diese Kantone zum Teil ja noch einen besonderen „plaignant“ besitzen, liegt der Grundsatz ausgesprochen, dass erst die persönliche Legitimation das Recht auf Beschwerde gibt. So aber haben wir ein ganz entschiedenes Zugeständnis an die Popularklage.⁶⁸⁾

In den übrigen Kantonen ist dagegen ein Recht des blossen Denunzianten, durch gerichtlichen Beschluss die Anhandnahme der Untersuchung zu erzwingen, verneint (vgl. namentlich Luzern § 17, zit. sub I., Obwalden Art. 4, Nidwalden § 4).

Da die Denunziation ein Rechtsverhältnis nicht begründet, so ist sie an sich keinen Formvorschriften unterworfen; sie kann mündlich oder schriftlich gemacht werden. Ihr Effekt, die Avertirung des Staates von dem begangenen Verbrechen, ist in jedem Falle erreicht. Doch verlangen alle Kantone, dass die Anzeige entweder schriftlich gemacht oder zu Protokoll gegeben werden müsse, und dass sie der Denunziant in beiden Fällen unterzeichne. Anders Baselstadt E. G., § 8.

Durch die Nichteinhaltung dieser Formvorschriften wird aber nicht etwa die Wirksamkeit der Denunziation als eines Appells an die Amtspflicht des Verfolgungsorganes gehindert.⁶⁹⁾ Das letztere ist nichtsdestoweniger verpflichtet, die nötigen Nachforschungen anzustellen. Wohl aber kann sie in den Kantonen, die ihr eine *rechtliche* Wirkung beilegen (Recht auf gerichtlichen Entscheid), den Eintritt dieser Rechtswirkung verunmöglichen. (Vgl. Waadt 205; Neuenburg 240.⁷⁰⁾ Im Uebrigen dürfte die Unterzeichnung der Denunziation mehr im Interesse des Angeschuldigten verlangt werden, um demselben die Möglichkeit der Klage wegen böswilliger Verleumdung oder falscher Anschuldigung offen zu lassen.

⁶⁸⁾ Vgl. Glaser, Hdb. I, S. 230; Geyer § 95, III.; Fuchs, in Holtzendorff's Hdb. I, S. 450 ff.

⁶⁹⁾ Sehr hübsch drückt dies Schwyz in § 33 aus: „Anzeigen ohne Unterschrift dagegen....berechtigten nur zu solchen Untersuchungshandlungen, welche geeignet sind, den Grund oder Ungrund ihres Inhaltes ohne Nachteil für die Ehre oder andere Rechte der dadurch beschuldigten Person aufzuklären.“ (Vgl. damit Aargau P. 125.)

⁷⁰⁾ Waadt Art. 205: „En cas de refus du dénonciateur de signer, *le juge n'est pas tenu*, d'avoir égard à la denonciation.“ Das Rechtsverhältnis zwischen ihm und dem Denunzianten kommt nicht zu stande, aber nichtsdestoweniger kann er einschreiten.

V. *Prüfung der Denunziation auf ihre Glaubwürdigkeit.* Auch die formell unanfechtbare Denunziation, ja selbst die amtliche zwingt nicht den Verfolgungsbeamten schlechthin, derselben Folge zu leisten. Gerade weil der Denunziant nur dessen amtliche Pflicht anruft, und in keiner Weise die Garantie für den Erfolg des Erfahrens übernimmt, die Verantwortlichkeit in der Hauptsache also der Beamte allein trägt, ist es dessen Pflicht, sich zuerst aufs Genaueste von der Glaubwürdigkeit der Anzeige zu vergewissern. Es wird daher eine möglichst genaue Angabe des Tatbestandes mit Benennung der Zeugen und Beweismittel verlangt (vgl. Solothurn 107, ähnlich Schwyz 32); der Denunziant kann zur mündlichen Ergänzung und Aufklärung seiner Mitteilungen angehalten werden (vgl. z. B. St. Gallen U. V. § 20; Bern § 61, Abs. 3; Waadt Art. 228; Neuenburg 264).

VI. *Kautionsstellung des Denunzianten* kann verlangt werden in Zug, wenn die Anzeige als unglaublich erscheint. Die Bestimmung ist falsch, sie entspringt einer Verwechslung von Kläger und Denunzianten.⁷¹⁾ Wenn vom Denunzianten Kautions verlangt wird, so muss diesem auch das Recht auf gerichtliche Beschwerde zugestanden werden, was aber in Zug nicht der Fall ist.

VII. *Haftung des Denunzianten.* Konsequenter Weise kann von einer regelmässigen Haftung des Anzeigers nur insoweit die Rede sein, als die Denunziation dolos erfolgte; denn nicht der Denunziant ist es, der die Verantwortung für das Verfahren zu tragen hat, sondern der Staat, da es ja letzterem durchaus freisteht, auf die Denunziation zu reagiren oder nicht. Selbst Haftung für culpa lata dürfte ausgeschlossen sein (vgl. z. B. Luzern 17; Schwyz 6; Nidwalden 4; Wallis 46; St. Gallen P. 127 u. s. w.). Dies zeigen besonders auch die Bestimmungen über Tragung der Kosten bei Sistirung des Verfahrens.

VIII. *Die Selbstdenunziation.* Die im Inquisitionsprozesse besonderer Würdigung sich erfreuende Selbstanzeige verdient juristisch keine besondere Behandlung. Scheint sie an und für sich besondere Glaubwürdigkeit beanspruchen zu können, so sind doch in neuerer Zeit die Fälle nicht selten, wo es sich um offenbar falsche Selbstanklagen, resp. Denunziationen handelte, sei es, dass der Denunziant nicht zurechnungsfähig ist, sei es, dass er die Justiz von der richtigen Fährte ablenken, sei es, dass er für einige Zeit eine Versorgung wollte. Mit Recht schenken daher unsere Strafprozessordnungen der Selbstanzeige keine besondere Aufmerksamkeit und behandeln sie gleich wie jede andere Anzeige.⁷²⁾

⁷¹⁾ Vgl. Mittermaier § 110.

⁷²⁾ Vgl. auch Glaser, Hdb. II, S. 327.

§ 21.

Die Klage.

I. Wie bereits im I. Teil, §§ 3 ff., ausgeführt, finden wir in unseren schweizerischen Strafprozessgesetzen eine sehr weitgehende Beteiligung des Privaten an der Strafverfolgung. Infolgedessen könnten wir auch in den manigfachsten Beziehungen von einer prozessualen Klage reden, obgleich bei einer konsequenten Durchführung der accusatorischen Prinzipien es nur *eine* Klage im Strafprozess geben könnte, und diese ist die staatliche. Wir finden den Ausdruck Klage in der Strafprozessgesetzgebung in folgenden Bedeutungen:

- a) Als Bezeichnung der Privatklage, sei es der prinzipalen, sei es der subsidiären (vgl. § 4). Meist wird sie ausdrücklich Privatklage genannt.
- b) Als Bezeichnung der Klage des sich als strafprozessuale Nebenpartei konstituierenden Privaten, und zwar sowohl des Querelanten im Sinne von § 5, als im Sinne der blossen französischen *partie civile*. Auch diese Klage wird von den Kantonen mit Querel häufig kurzweg Privatklage genannt (vgl. § 22 ff.).
- c) Als Bezeichnung der Popularklage (vgl. § 6).

In allen diesen Fällen haben wir es aber mit einer echten strafprozessualen Klage zu tun, denn sämtliche oben genannten Kläger sind wirkliche Prozessparteien.

II. Neben diesen echten „Klagen“ wird aber in unseren Strafprozessgesetzen noch häufig der Strafantrag des Verletzten oder Geschädigten „Klage“ genannt, und zwar in einigen Kantonen nicht nur bei blossen Antragsdelikten. Aehnlich wie in § 169 der D. Str. Pr. O. wird auch bei uns vielerorts dem Geschädigten das Recht einer etwas wirksameren Denunziation eingeräumt, er darf Bestrafung verlangen, was die Gesetze irrtümlich „klagen“ nennen.

Zum Verständnis dieser Erscheinung müssen wir uns nochmals die historische Entwicklung der heutigen Nebenkläger vor Augen halten. Wir haben oben nachzuweisen versucht, wie unser heutiger deutsch-schweizerischer Privatkläger im Sinne von § 5 und die französische Zivilpartei aus ein und demselben inquisitorischen Prozessbeteiligten, aus dem Querelanten⁷³⁾, entstanden sind.

Nun haben wir oben die Entwicklung dieses Querelanten nur nach einer Richtung gewürdigt, nämlich als Prozesspartei, und haben die andere Seite seiner Entwicklung ausser Acht gelassen. Es besass nämlich die Querel zwei Formen, es konnte der Querelant die Untersuchung *fordern*, und damit Partei werden, wie in den bisher erwähnten Fällen, oder aber er konnte bloss die Tat *anzeigen* und dem Richter zur Auffindung und Benutzung der Spuren des Verbrechens

⁷³⁾ Vgl. Clarus, recept. sent. V, quaest. 3—12, namentlich 10 und 3.

behülflich sein.⁷⁴⁾ Im letztern Falle war seine Querel de facto nichts anderes als eine blosser Denunziation. Doch blieben, anfänglich wenigstens, auch diesem Querelanten gewisse Vorrechte erhalten; seine Teilnahme am Verfahren war eine intensivere, als die eines gewöhnlichen Denunzianten, er konnte dem Richter beständige Gehülfendienste leisten. — Nach und nach mussten sich aber diese Rechte notgedrungen abschwächen, da ja denselben keine Pflichten entsprachen. So blieb diesem Querelanten allmählig eben nichts mehr, als das Recht, die gerichtliche Entscheidung über seinen Antrag auf Strafverfolgung herbeizuführen, d. h. *seine Stellung als Querelant gibt ihm die Legitimation zur Erhebung einer rechtlichen Beschwerde.*

Auf diesem Standpunkte stehen noch heute die Kantone Freiburg und Bern, sowie die welschen Kantone. Sie nennen diesen Querelanten „plaignant“. Darin kommt eben die Reminiszenz an den alten Querelanten zum Durchbruch, dass nur derjenige, welcher hätte Querelant sein können, nun plaignant sein kann, d. h. eben der Verletzte und Geschädigte. (Vgl. Neuenburg Art. 241; Wallis 48; Freiburg 64; Genf 64; Waadt 206: Der „plaignant“ hat das Recht, einen motivierten Bescheid des Untersuchungsbeamten, der seiner plainte keine Folge geben will, zu verlangen, und gegen diesen Bescheid an das Gericht zu rekurrieren; Genf Art. 170; Waadt Art. 253; Neuenburg 292; Freiburg 70.) Damit ist aber auch die Tätigkeit des plaignant erschöpft, weiter kann er nicht mehr seinen Einfluss geltend machen.

Somit ist der plaignant nicht Partei, geniesst keine Parteilstellung, wohl aber ist ihm als dem durch das Verbrechen Verletzten ein gesteigertes Denunziationsrecht eingeräumt, ein Recht, das das Recht auf gerichtliche Beschwerde gegenüber dem die Verfolgung ablehnenden Bescheid in sich schliesst.

Im Zuge der Zeit liegt es gewissermassen, diese letzten bedeutungslosen Unterschiede zwischen plaignant und einfachem dénonciateur verschwinden zu machen. Darauf deutet die in § 20 angezogene Tatsache hin, dass Neuenburg Art. 247, Genf Art. 170, Waadt 209, Freiburg 70 dem blossen dénonciateur, wenn auch zu Unrecht, ebenfalls das Recht auf gerichtliche Beschwerde einräumen. Ausserdem hat sich die Praxis, zumal die von Genf, dahin ausgebildet, dass dieses Recht auf gerichtlichen Entscheid nur demjenigen „plaignant“ zugestanden wird, der sich als partie civile konstatirt.⁷⁵⁾

Der Unterschied zwischen diesem „plaignant“ und dem Antragsteller der §§ 156, 169 der D. Str. Pr. O. liegt darin, dass „plaignant“ nur der Verletzte sein kann, während zur Stellung eines Straf-

⁷⁴⁾ Vgl. Mittermaier II, S. 32.

⁷⁵⁾ Es schrieb darüber Herr Prof. Gautier in Genf: „On ne peut pas dire d'une façon absolue que le plaignant qui requiert poursuite ait droit à une décision judiciaire. En France et à Genève ce droit (et c'est la jurisprudence seule qui l'a consacré) n'existe que pour celui qui s'est porté partie civile.“

antrages jedermann berechtigt ist. Letzterer zeichnet sich aber nur dadurch von dem gewöhnlichen deutschen Denunzianten aus, dass ihm der die Verfolgung ablehnende Bescheid der Staatsanwaltschaft „unter Angabe der Gründe“ mitgeteilt werden muss. Das Recht auf gerichtliche Beschwerde hat auch nach deutschem Recht nur der Antragsteller, der zugleich Verletzer ist. (D. Str. Pr. O. § 170.) Freilich erwirbt sich der letztere dann noch weitere Rechte, im Falle, dass er mit seinem Antrag vor Gericht durchdringt, nämlich das Recht auf Teilnahme am Verfahren als Nebenkläger (§ 435, Abs. 2), während die Tätigkeit des „plaignant“ mit der Herbeiführung des gerichtlichen Beschlusses auf Anordnung der Untersuchung erschöpft ist, sofern er sich nicht als *partie civile* konstituieren will.

III. Endlich wird in unsern Gesetzen noch häufig der Antragsberechtigte bei Antragsdelikten Kläger genannt. Diesbezüglich ist zu bemerken, dass derselbe seinen Strafantrag in vier verschiedenen Formen geltend machen kann.

1. Am intensivsten als Nebenstrafkläger (vgl. § 5).
2. Als Zivilpartei (vgl. § 5).
3. Als Plaignant (vgl. sub II.).
4. Als blosser Denunziant.

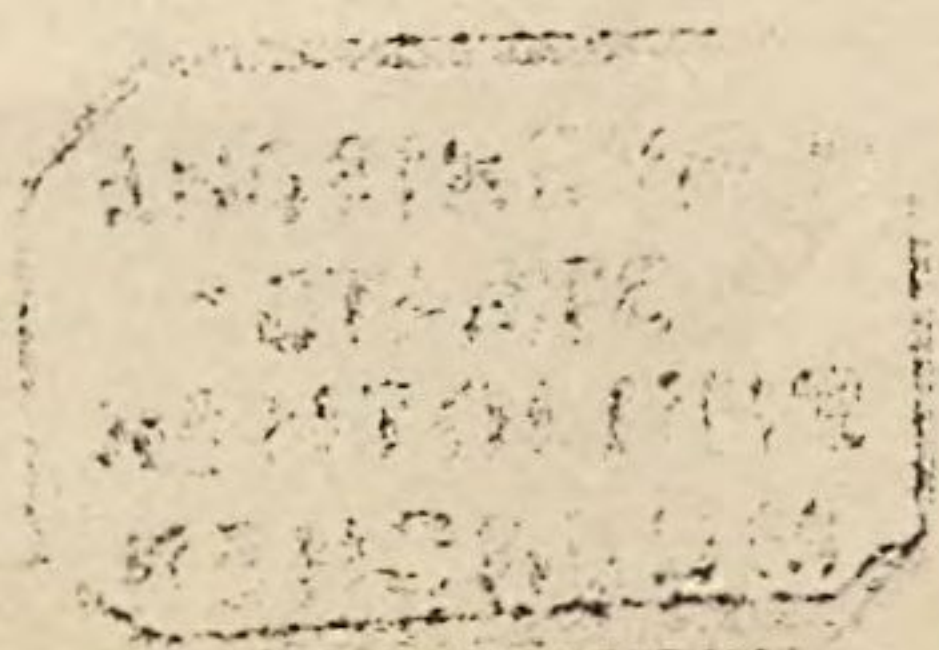
Letzteres ist die ausschliessliche Form in den Kantonen, in denen die Auffassung durchgedrungen ist, dass wir es beim Antragsdelikt nur mit einem bedingten staatlichen und nicht mit privatem Strafverfolgungsrecht zu tun haben (vgl. Stooss, Grundzüge, S. 279). Aber auch dort wird der Antrag aus alter Reminiszenz noch Klage genannt, obgleich von einer solchen keine Rede sein kann.

Einzig die Kantone Glarus § 23b, Solothurn § 106 und Obwalden P. 1 — in einzelnen Fällen — nennen den Antrag kurzweg Anzeige, während Baselstadt E. G. 18 nur von einem Antrag spricht.

§ 22.

Klageform und Rückzug der Klage.

I. *Klageform*. Da die Klage rechtserzeugender Akt ist, indem sie zum mindesten einen Rechtsanspruch auf staatliche Prüfung derselben und motivirte Bescheidung des echten oder bloss nominellen Klägers erzeugt, so unterliegt die Klage auch strengeren Formvorschriften, als die blosser Denunziation. Ueberall wird daher Schriftlichkeit der Klage und Unterzeichnung der zu Protokoll gegebenen verlangt. Als Norm darf auch angenommen werden, dass die Klage nur direkt beim zuständigen Untersuchungsbeamten eingegeben werde (vgl. z. B. Schwyz 4; St. Gallen U. V. 16; Neuenburg Art. 241; Tessin Art. 61). Vorab gilt dies natürlich von den Klagen, die echte Klagen, d. h. auf Beteiligung am Strafverfahren gerichtet sind, denn es muss die Aktivlegitimation des Klägers, wie seine Handlungs- und



Prozessfähigkeit geprüft werden (vgl. z. B. Schwyz § 32). Doch kann hier selbstverständlich nicht weiter auf diese Details eingetreten werden.

II. *Rückzug der Klage.* Echte strafprozessuale und formelle Klage müssen hier scharf auseinandergehalten werden; ebenso zeigen die einzelnen Arten solcher Klagen grosse Unterschiede.

a. *Die Privatklage.* Da diese einen privaten Verfolgungsanspruch geltend macht — dies auch im Falle subsidiärer Privatklage, weil der eigentlich staatliche Anspruch, vom Staate aufgegeben, vorübergehend ein privater geworden ist — so kann die Privatklage *auch mit Wirkung, den Prozess zu sistiren*, zurückgezogen werden. Rein theoretisch könnte man so weit gehen, wie es § 198 des D. Str. G. B. in der ursprünglichen Redaktion vor der Abänderung von 1876 tat, und sagen, dass die Privatklage selbst nach Fällung des Urtheiles, richtiger bis zum Beginn der Urteilstvollstreckung zurückgezogen werden könne. Es käme das einem gewissen Amnestie-recht des Klägers gleich. Mit Recht ist das durch die geltende Strafprozessordnung nun so weit geändert, dass § 431 derselben sagt: „bis zur Verkündung des Urtheiles erster Instanz und, soweit zulässige Berufung eingelegt ist, bis zur Verkündung des Urtheiles zweiter Instanz“, indem doch die Rolle, die die Justiz spielte, eine zu klägliche war.

Von den schweizerischen Strafprozessordnungen enthält P. § 154 von Baselstadt die Bestimmung:

„Eine angebrachte Klage kann zu jeder Zeit zurückgezogen werden, wobei dem Kläger jedoch die ergangenen Kosten zur Last fallen.“

Die nähere Erklärung über das verführerische „zu jeder Zeit“ gibt das Str. G. B. § 33:

„Ein gestellter Antrag kann bis zum Ueberweisungsbeschluss, *und in den Fällen von Privatklage bis zur Urteilsfällung* wieder zurückgezogen werden.“

Aehnlich scheint es Zürich zu halten nach P. § 1003, wonach das Nichterscheinen des Klägers zur Hauptverhandlung als Klageverzicht aufgefasst wird (vgl. auch § 1019, ebenso auch Tessin Art. 74).

Bei bloss subsidiärer Privatstrafklage kann natürlich von einer Sistirung des Prozesses durch den Klagerückzug dann keine Rede mehr sein, wenn der Staat der Privatklage beigetreten ist.

b. *Die private Nebenklage.* Zunächst wollen wir untersuchen, in welchen Fällen und mit welcher Rechtswirkung ein Rückzug der Klage nach §§ 5 und 6, d. h. also der Klage, gerichtet auf Teilnahme am Strafprozess als Nebenkläger, möglich ist. Wir haben gesehen, dass diese Klage einerseits auf die Geltendmachung eines staatlichen Verfolgungsrechtes, auf die Herbeiführung der Officialverfolgung, und anderseits auf die Teilnahme an dieser Officialverfolgung gerichtet ist. Daraus resultirt, dass die Klage rechtswirksam *nur in Bezug auf die Beteiligung an der Officialverfolgung* zurückgezogen werden kann. Tritt der Private von seiner Klage zurück, so bedeutet das weiter



nichts anderes, als dass der eine, der private Strafkkläger von der Verfolgung zurücktritt, nicht aber dass letztere damit aufhöre. Der Staat kann sich in diesem Falle dem Vorgehen des Privaten anschliessen und diesem die Kosten des Verfahrens auflegen. Er kann aber auch die Verfolgung von sich aus weiterführen, ja er müsste das dann, wenn das bisherige Untersuchungsergebnis für das tatsächliche Vorhandensein eines ex officio zu verfolgenden Deliktes spricht. *In diesem Falle hat der Klagerückzug des Privaten nur die Bedeutung, dass er der Haftung für den Ausgang des Prozesses enthoben ist.* Wenn daher § 23 der appenzellischen Strafprozessordnung sagt:

„Eine Zurückziehung der Klage ist bei den in § 55 des Strafgesetzes (Antragsdelikte) bezeichneten Fällen jederzeit, so lange noch keine Beurteilung, *bei den übrigen, so lange weder ein Gerichtsvorstand noch eine Voruntersuchung stattgefunden hat, zulässig*“

so ist das wohl dahin zu interpretieren, dass der Rückzug der Klage das Verfahren nur dann sistirt, wenn sich der Staat demselben noch nicht angeschlossen hat, dass nachher aber der Klagerückzug keinen Einfluss mehr auf den Gang des Prozesses habe. Es darf dies wohl nicht so aufgefasst werden, dass es damit dem Privaten versagt sein sollte, die Verantwortlichkeit ganz dem Staate zu überbinden, nachdem letzterer die Verfolgung aufgenommen hat. Es dürften somit, wenn der Private seine Klage zurückgenommen hat und das Verfahren dennoch seinen Fortgang nahm, dem Privatkkläger die Kosten eines resultatlos verlaufenen Verfahrens nur bis zum Punkte seines Rücktritts auferlegt werden. (Vgl. § 23.) Im Effekt geschieht dies allerdings auch, aber meist nur deshalb, weil der Staat nicht so leicht die durch Klage veranlasste Prozedur weiterführt, nachdem der Kläger seine Klage zurückgenommen hat.

Etwas anders stellt sich das Verhältnis bezüglich der Klage der partie civile. Die Klage derselben ist nicht eigentliche und originale Strafklage, sondern Zivilklage, Adhäsionsklage. Wenn dem Zivilkläger auch gewisse strafprozessuale Parteibefugnisse zustehen, so ist doch seine Klage absolut nicht von Einfluss auf die Ingangsetzung oder die Sistirung des Verfahrens, während der echte strafprozessuale Nebenkläger doch immerhin so lange das Verfahren aufhalten kann, als es noch nicht zur gerichtlichen Untersuchung gekommen ist, und auch nachher durch seinen Rücktritt, der ihm meines Erachtens absolut nicht verweigert werden kann, auch den Rücktritt des Staates von der Verfolgung herbeizuführen im stande ist, indem letzterer die Kosten des etwas dubios scheinenden Verfahrens nicht auf sich nehmen will. Tritt also die partie civile mit ihrer Klage zurück, so bedeutet das lediglich entweder das Aufgeben der Geltendmachung ihrer Zivilansprüche überhaupt, oder, wenn letztere separat vor dem Zivilrichter verfochten werden können, Verzicht auf deren Geltendmachung in diesem Strafverfahren.

c. Die Klage des verletzten Teils, des „*plaignant*“, können wir, weil im Effekt wesentlich nur einer Denunziation gleichkommend, hier bei Seite lassen. Da sie keine echte Klage ist, kein Klagrecht geltend macht, ist auch ihr Rückzug für den Gang des Verfahrens bedeutungslos.

d. *Die Klage des Antragsberechtigten.* Stimmt man mit der vom Reichsgericht, von Lehmann, Oppenhof, v. Kries, und in der Hauptsache auch von Binding und Glaser vertretenen Ansicht überein, und nimmt man an, dass durch den Strafantrag nur die Geltendmachung des staatlichen Straf- und Strafverfolgungsrechtes bedingt ist, so muss man das Recht des Antragsberechtigten, den Antrag zurückzuziehen, entschieden ablehnen. Es heisst das, die staatliche Autorität dazu zu missbrauchen, um mit dem Delinquenten Katze und Maus zu spielen.

Vor übereilter Zustimmung zur Verfolgung bewahrt am zuverlässigsten ein obligatorisch der Stellung des Strafantrages vorausgehendes Sühnverfahren, wie es eine Anzahl von Kantonen im Ehrverletzungsprozesse, Solothurn und Waadt⁷⁶⁾ in den meisten, Neuenburg auch in allen andern Fällen von Antragsdelikten vorgesehen haben; vgl. Neuenburg Art. 47:

„Le juge d'instruction doit tenter d'office la conciliation pour les délits prévus à l'article 243 du présent code, à l'exception de ceux, qui sont visés au dernier alinéa de cet article.“

Vgl. Art. 243: „La plainte peut être retirée jusqu'à l'ouverture des débats:

1° Dans les cas où la poursuite *n'est admise que sur une plainte*, sous réserve du dernier alinéa du présent article.“

.... Dernier alinéa: „Toute fois, dans les causes de viol, d'attentat à la pudeur et de sodomie, la chambre d'accusation peut toujours, le procureur général entendu, ordonner la continuation de la poursuite, si l'intérêt public l'exige.“

De lege lata lassen aber alle Kantone, mit Ausnahme von Uri, Schwyz, Aargau und Genf, den Rückzug des Strafantrages zu. Ob die drei Kantone mit dem Schweigen über die Zurücknahme des Strafantrages damit wirklich anerkennen, dass der einmal gestellte Strafantrag nicht mehr zurückgenommen werden kann, muss dahin-

⁷⁶⁾ Solothurn § 111: „Bei Anzeigen von geringfügigen Vergehen, die nur auf Antrag verfolgbar sind, namentlich bei Beschimpfungen, Misshandlungen etc. *kann* der Amtsgerichtspräsident vor Anhebung der Untersuchung die Aussöhnung der Parteien versuchen und zu diesem Zwecke dieselben vorladen. Kommt ein Vergleich zu stande, *so sind an Kosten bloss die Weibelgebühren zu vergüten.*“ — § 112: „Bei Ehrverletzungen muss, sofern beide Parteien am gleichen Orte wohnen, der Beklagte zuerst zum Sühneversuch vor den Friedensrichter geladen werden....“

Waadt Art. 61: „Le juge doit tenter la conciliation dans les délits de voies de fait, batteries, menaces, outrages, diffamations, injures et dommages à la propriété, lorsque ces délits relèvent des tribunaux de police.“

gestellt bleiben. Stooss, Grundzüge S. 282, glaubt das verneinen zu müssen. Es scheint mir das immerhin zweifelhaft, jedenfalls für Uri, im Hinblick auf Art. 268 des Landbuches, der sagt: „Eine beim Richter des Landes oder dem Herrn Seckelmeister förmlich eingegebene Klage mag *nicht* mehr zurückgenommen werden.“

Ueber den Moment, bis zu welchem die Zurücknahme des Straf-antrages zulässig ist, gehen die Gesetze stark auseinander. (Vgl. darüber Stooss, Grundzüge des Schweiz. Strafrechts, I, S. 282 ff.)

Sehr bemerkenswert sind die Bestimmungen von Nidwalden § 1⁷⁷) und Neuenburg 243, dernier alinéa (zit. oben), indem diese Kantone den Rückzug des Antrages nicht schlechthin zulassen, sondern einer staatlichen Behörde das Recht einräumen, trotz des Rückzuges des Straf-antrages im staatlichen Interesse die Sache weiter zu verfolgen.

Zustimmung des Angeschuldigten zur Zurücknahme des Straf-antrages wird mit Recht verlangt von den Kantonen Luzern P. § 10, Glarus P. § 35, Obwalden P. Art. 1, i, f, Tessin Cod. Pen. Art. 75, St. Gallen St. G. B. Art. 65.

An Stelle des Klagerückzuges bei Antragsverbrechen nennt Bern in Art. 241 den Vergleich der Zivilpartei mit dem Beklagten. Aehnlich kann auch in Freiburg nach Art. 68 der Vergleich in Zuchtpolizeifällen bei Nicht-Antragsdelikten die Sistirung des Verfahrens bewirken, mit Genehmigung des mit der Sache befassten Richters oder der Behörde und je nach der Wichtigkeit des Falles.

§ 23.

Die Haftung des Klägers.

I. Eines der Hauptvorrechte des Klägers ist nach unsern kantonalen Strafprozessordnungen der, dass er für die Kosten des Prozesses haftet. Ich wage es, geradezu zu behaupten, dass die fast vorsündflutliche Toleranz, die in manchen unserer Kantone gegenüber der Beteiligung Privater am Strafverfahren waltet, darauf zurückzuführen ist, dass der knauserige Staat nicht gerne allein die Kosten eines an sich unbedeutenden Verfahrens auf sich nimmt, und daher sehr gerne die Mitwirkung des Privaten sieht, der für die Kosten haftbar gemacht wird. Aus finanziellen Gründen verzichtet man auf eine Staatsanwaltschaft, aus finanziellen Gründen auf die Einleitung des Strafverfahrens gegenüber armen Delinquenten, weil der Staat ja nicht nur den Verbrecher im Zuchthaus, sondern auch seine hun-

⁷⁷) „Will in den Fällen von lit. a und b (Antragsdelikte) eine Klage zurückgezogen werden, so entscheidet hierüber der Regierungsrat gemäss Art. 50 der K. V.“ Es kann nur gemeint sein Ziff. 7 des Art. 50 der K. V., welcher u. a. sagt: „Er (der Regierungsrat) ordnet Verhaftungen und Verhöre an, soweit dies nicht bereits durch das Landammannamt oder Polizeiamt erfolgt ist, leitet Strafprozesse ein, weist die Beklagten an die zuständigen Gerichte.“

gernde Familie zu Hause ernähren müsste, aus finanziellen Gründen lässt man Private als Kläger aufmarschieren zur Verfolgung staatlicher Strafansprüche, nur um diesem die Kosten allfällig aufladen zu können! Und dabei wagt man noch zu behaupten, dass eine Rechtsvereinheitlichung gerade auf diesem Gebiete nicht dringend not tue, nicht sie allein die Rettung aus diesem Abgrund der Kleinheit und des Nichtgenügens der Mittel zur Erreichung einer guten Rechtspflege zu bringen vermöge!

II. *Die Haftung des Privatklägers.* Da das Privatklageverfahren als ein nicht staatliches gilt, der Private Träger desselben ist, so haftet er auch allein und mit Recht für die Kosten der Prozedur sowohl, wie für allfällige Entschädigung an den Angeklagten. Fast regelmässig wird daher auch eine Kautio (vgl. Aargau Z. P. § 67, Zürich 1015, Baselstadt P. § 153, letzteres nur von dem nicht Ortsansässigen) verlangt.

III. *Die Haftung des Nebenklägers, inkl. Popularklägers.* Weil dieser Kläger echt strafprozessualer Kläger ist, so wird ihm allgemein die Haftung für die Kosten des Verfahrens, wie für die Genugtuung an den Angeschuldigten auferlegt. (Vgl. Luzern § 17, Schwyz § 6, Obwalden § 4, Zug §§ 3, 77, Appenzell A. Rh. § 74) In der Regel wird auch eine Kautio abverlangt. Es liegt aber nahe, dass aus der eigentümlichen Streitgenossenschaft, die zwischen Staat und Privatk Kläger entsteht, sobald ersterer sich an der Verfolgung mitbeteiligt, hervorgehen muss, dass von diesem Momente an der Privatk Kläger nicht mehr allein, sondern *gemeinsam mit dem Staate haftet*. Es ist dies auch offenbar von den Kantonen anerkannt worden. Vgl. z. B. Obwalden Art. 167:

„*Ein Privatk Kläger, auf dessen Betrieb die Untersuchung geführt wurde, kann, sofern der Beschuldigte gänzlich freigesprochen wird, und letzterer nicht durch eigene Handlungen die Untersuchung veranlasste oder verlängerte, zu ganzer oder teilweiser Bezahlung der Prozesskosten, wie auch zu einer billigen Entschädigung an den Beklagten verurteilt werden*“

und ähnlich Nidwalden § 125, Zug § 77, Abs. 4, Luzern § 311, besonders klar aber Appenzell A. Rh. § 73, Abs. 3:

„*Wird der Angeschuldigte freigesprochen, so haben der Staat oder der Kläger oder Verzeiger, oder diese gemeinschaftlich, die Kosten und die dem Freigesprochenen nach § 52 des Strafgesetzes allfällig zuerkannte Entschädigung zu zahlen.*“

Im allgemeinen wird es auch *in der Praxis*, soweit ich dieselbe beobachten konnte, doch mehr und mehr üblich, die Kosten ganz oder zum grösseren Teil auf den Staat zu übernehmen; damit ist aber auch indirekt anerkannt, dass eben der Private nur für den Staat die Verfolgung führte.

IV. *Die Haftung der partie civile* kann nur soweit bestehen, als durch ihre Anträge spezielle Kosten verursacht worden sind.

Nicht kann ihr aber eine Entschädigung an den Angeschuldigten auferlegt werden. Daher wird auch keine Kautionsstellung verlangt.

V. *Die Haftung des „plaignant“* erstreckt sich ebenfalls nur auf solche Untersuchungshandlungen, die er speziell veranlasst hat. Eventuell kann er auch schadenersatzpflichtig werden gegenüber dem Beklagten. Praktisch wird aber diese Haftung nur dann, wenn die Vornahme der Untersuchung abgelehnt wurde und der vom „plaignant“ erzwungene Gerichtsentscheid zu seinen Ungunsten ausgefallen ist. Für die Kosten dieses Rekursverfahrens dürfte wohl auch in der Regel Kautionsstellung verlangt werden.

VI. *Die Haftung des Antragstellers bei Antragsdelikten.* Es ist meines Erachtens eine ganz verfehlte Konsequenz, wenn sozusagen allgemein die Kosten eines resultatlos verlaufenen Verfahrens im Falle eines Antragsdeliktes dem Antragsteller auferlegt werden. Ist der Antragsteller denn Privatkläger, kann er die Durchführung der Verfolgung erzwingen, ja er ist überhaupt Partei im Verfahren? Gewiss fällt doch niemandem ein, das behaupten zu wollen. Das Verfahren bei Antragsdelikten unterscheidet sich nur darin von dem Verfahren bei anderen Vergehen, dass dabei das Verfahren erst mit Zustimmung bestimmter Privaten eröffnet werden kann und dass diese Private, ungeschickter Weise genug, wiederum das Recht haben, bis zu einem gewissen Punkte des Verfahrens, durch die Zurücknahme ihres Antrages, den Prozess zu sistieren. Daneben aber haben diese Antragsteller gar nichts zu schaffen, sie besitzen auch nicht eine Idee von Parteistellung, alles was sie besitzen, ist dieses gewisse Abolutionsrecht. — Doch wie gesagt, de lege lata haftet der Antragsteller sozusagen allgemein, und wird daher auch in der Regel zur Stellung von Kautionsstellung verhalten. (Vgl. auch D. Str. P. O. § 504.)

Etwas ganz anderes ist es dann freilich, wenn der Antragsteller im Falle der Zurücknahme des Antrages die Kosten bezahlen muss. Will man ihm das Vergnügen gestatten, mit der staatlichen Justiz Ball zu spielen, so soll er dieses Vergnügen auch bezahlen; durch den Rückzug des Antrages nimmt er ja dem Staate die Möglichkeit, sich aus dem Vermögen des Bestraften für die Kosten der Untersuchung zu entschädigen. So wird der Antragsteller in diesem Falle auch allgemein für die Kosten haftbar erklärt. Eine Singularität ist dagegen die Bestimmung von St. Gallen U. V. 18:

„Die Zurückziehung der Klage hebt mit Ausnahme der im vorigen Artikel genannten Fälle (eben der Antragsdelikte) den Gang des Verfahrens nicht auf, und auch in jenen Fällen unterbleibt die gerichtliche Einleitung bei Zurückziehung der Klage nur *unter dem Vorbehalt der Vergütung der erlaufenen Kosten.*“ (Und ebenso Appenzell A. Rh. § 23.)

Es liegt darin immerhin ein Mittel, die Zurücknahme des Antrages zu verhindern.

§ 24.

Die sog. „amtliche Klage“ des Kantons Uri.

(Vgl. auch: das Urner Strafverfahren, an einem Rechtsfall dargestellt von Dr. Franz Muheim; Zeitschr. f. Schweiz. Strafr. III, S. 362 ff.)

I. Wir müssen uns hier noch kurz beschäftigen mit einer sonderbaren Institution des Kantons Uri, der sog. „amtlichen Klage“. Es können und müssen in Uri nämlich Personen, die in amtlicher Eigenschaft beeidigt sind, Uebertretungen, die sie persönlich beobachten, einklagen mit der Wirkung, dass das durch sie in amtlicher Eigenschaft beobachtete Delikt *als erwiesen angenommen wird*, oder dass wenigstens der Gegenbeweis äusserst erschwert wird.

Ursprünglich war die Erhebung „amtlicher Klage“ auf blosse Polizeiübertretungen beschränkt. Art. 417 des Landbuches (ein Landsgemeindeerkenntnis von 1807), der sich zuerst einlässlicher mit der amtlichen Klage beschäftigt und Vorschriften für dieselbe aufstellt, bezieht sich nur auf Klagen betreffend unbefugtes Weidenlassen von Schmalvieh auf den Allmenden, überhaupt spiegelt sich in der Gesetzgebung immer und immer der Gedanke wieder, dass die Erleichterung des Strafverfahrens durch Zulassung der „amtlichen Klage“ nur angängig sei bei Forst-, Alp- und Flurfreveln.

Ein Landsgemeindeerkenntnis von 1811 — Landbuch Art. 266 — stellte dann den folgeschweren Grundsatz auf, dass, wenn beeidete Beamte über solche Delikte klagen, „bedürfen sie keiner Kundschaft, sondern *soll ihre Klage als erwiesen angenommen und erachtet werden*“, indem es damit den Inhalt der amtlichen Klage zur richterlichen Feststellung des Tatbestandes erhob. Somit gab es gegen diese amtliche Klage keinen Gegenbeweis, der Rechtsspruch „schuldig“ musste auf sie erfolgen. Anklage- und Urteilsfundament wurden kurzweg identifiziert. Die einzige Garantie gerechten Spruches war der Amtseid des Klägers! Nur ein Weg der Rehabilitation gegenüber dieser furchtbaren Waffe stand dem Beklagten offen, nämlich der Meineidsprozess gegenüber dem geheimen Kläger. Zur Ueberführung wegen Meineids bedurfte es aber fünf Zeugen.

Ein Landratsbeschluss von 1840 betont wiederum, dass die „amtliche Klage“ eigentlich nur gegenüber Forst-, Alp- und Flurfreveln zulässig sei, und gibt das Klagerecht Ratsherren oder anderen beeidigten Beamten in amtlicher Stellung, und 1843 verordnete der Landrat wiederum, dass jeder, der „Allmend- oder Waldfrevel“ einklagen wolle, den Frevel selbst gesehen haben und beeidigt sein müsse.

Trotz dieses beständigen Hinweises der Gesetzgebung darauf, dass Gegenstand der amtlichen Klage ausschliesslich Forst-, Alp- und Allmendfrevel sein können, erweiterte sich das Anwendungsgebiet der „amtlichen Klage“ namentlich durch die weitherzige Iudikatur der-

massen, dass mittelst der amtlichen Klage sogar auf Amtsehrverletzung geklagt werden konnte und zudem blossen Gemeinderäten, die nicht beeidigt waren, das Recht auf „amtliche Klage“ eingeräumt wurde.

II. Der Neuzeit blieb es vorbehalten, wenigstens den krassesten Missständen dieser amtlichen Klage ein Ende zu machen. Das Gesetz betreffend die amtliche Klage vom 6. Mai 1894 bestimmt den Umfang der Zulässigkeit amtlicher Klage folgendermassen:

Art. 1: „Zur Anhebung einer amtlichen Klage sind die in der kantonalen und eidgenössischen Gesetzgebung dazu ermächtigten, *beeidigten* Beamten und Angestellten des Kantons, der Korporationen und der Gemeinden berechtigt.

Die zur amtlichen Klage berechtigten Beamten und Angestellten sind verpflichtet, *alle Uebertretungen derjenigen gesetzlichen Vorschriften, deren Handhabung in ihren Amtskreis gehört, anzuzeigen und hierüber Bericht zu erstatten.*“

Demnach ist zur Klagestellung nur mehr der beeidete Beamte und nur bezüglich solcher Delikte, deren Verhütung, bzw. Verfolgung ihm besonders zugewiesen ist, zuständig. Gegenstand der Klage kann nur ein mit eigenen Sinnen wahrgenommenes Delikt sein (Art. 4). Hat der Beamte nur indirekt Kunde von dem Vergehen erhalten, so hat er dies „derjenigen Amtsstelle, welche über seine Amtsverrichtungen die Aufsicht führt, mitzuteilen“ und es kann dann diese Behörde den ordentlichen Untersuch anordnen, falls sie Grund dazu findet (Art. 6). Trotz vielfacher Anfechtung in der Presse und im Landrat selbst wurde das Klagerecht in eigener Sache, wenn auch in beschränktem Umfange, beibehalten, Art. 7:

„In eigener Sache kann ein amtlicher Kläger nur insoweit von diesem Klagerecht Gebrauch machen, als es Tätlichkeiten *wegen* oder Bedrohungen *bei* Erfüllung einer Amtspflicht oder die Verhinderung der Ausübung einer solchen betrifft.“

Der Tatbestand eines mittelst amtlicher Klage verfolgbaren Deliktes wird nach wie vor in der Regel durch den Kläger selbst festgestellt, doch immerhin mit der Moderation, dass das Gericht von sich aus die Klage „behufs näherer Erläuterung“ (Art. 8) zurückweisen und auf Verlangen des Beklagten einen Untersuch gestatten kann. „Der Untersuch muss zugelassen werden, sofern die Einrede der Nichtschuld oder blossen Gehülfenschaft erhoben wird.“

Ominös ist aber Art. 10, der bestimmt: „Im Untersuche ist der amtliche Kläger als erster Zeuge einzuvernehmen und hat daher Anspruch auf den Zeugenlohn. *Seine Aussagen haben für so lange Beweiskraft, als nicht durch zwei andere Zeugen in unzweifelhafter Weise das Gegenteil dargetan wird*“ und damit die amtliche Respektabilität in einer Weise wahrt, die entschieden viel zu weit geht.

III. Juristisch betrachtet, ist die „amtliche Klage“ nicht Klage im Rechtssinn, sondern amtliche Denunziation, eine Denunziation, der bis auf einen erschwerten Beweis vom Gegenteil volle Beweiskraft zuerkannt wird. Der „amtliche Kläger“ steht nicht im Verhältnis der Gegenpartei zum Beklagten, sondern er ist Zeuge, daher erhält er den Zeugenlohn (Art. 10), geht aber andererseits auch des „Klägerlohnes“ verlustig (Art. 13).

Ist die „amtliche Klage“ de facto absolut nicht eine Klage im Rechtssinn, so ist doch nicht zu leugnen, dass ihr die Wirkungen einer Klage beigelegt werden; denn sie ist prozessbegründender Akt und ist geradezu das Surrogat der sonst durch die Staatsanwaltschaft zu erhebenden Klage. Ja ihre Wirkung geht selbst noch darüber hinaus, indem die in der Denunziation vorgebrachten Tatsachen geradezu das ausschliessliche Urteilsfundament bilden und es jedenfalls dem Richter durchaus verwehrt ist, den Grundsatz freier Beweiswürdigung auch auf sie anzuwenden.

Soviel über das eigentümliche ernerische Rechtsinstitut der „amtlichen Klage“. Zweifellos finden sich Einrichtungen, richtiger Reminiszenzen verwandter Art in den Polizeistrafrechten auch anderer Kantone.⁷⁸⁾ Doch kann darauf nicht näher eingetreten werden, da wir ja das Verfahren in Polizeistrafachen von der speziellen Berücksichtigung ausgeschlossen haben. Die ernerische „amtliche“ Klage verdiente aber eine besondere Berücksichtigung, einmal weil sie auch in Fällen erheblicher Vergehen in Anwendung gelangen kann, anderseits wegen der in derselben zum Ausdruck gelangenden absoluten Verleugnung der allgemeinen Prozessgrundsätze.

§ 25.

Eigentliche Offizialanhebung.

I. Unter eigentlicher Offizialanhebung verstehen wir die Anhebung der Untersuchung seitens der kompetenten Verfolgungsorgane, ohne dass dieselben durch eine Anzeige oder Anklage direkt dazu aufgefordert worden sind.

Selbstredend verlangt das Einschreiten ex officio auch die Kenntnis von dem Vorhandensein eines Verbrechens, nur ist diese Kenntnis von dem Verfolgungsorgane selbst auf direktem Wege erworben worden, und zwar können wir als Arten dieser eigenen Kenntnissnahmen unterscheiden: persönliche eigene Wahrnehmung eines begangenen Verbrechens, Kenntnissnahme durch das Gericht und endlich als die wichtigste Art der Kenntnissnahme die Zeugenschaft der Tat.

II. *Persönliche amtliche Wahrnehmung.* Wollen wir richtig reden, so müssen wir hinzufügen: „des Strafverfolungsbeamten“; denn amt-

⁷⁸⁾ Vgl. z. B. Bundesgesetz betr. Uebertretung fiskalischer Bundesgesetze vom 30. Juni 1849, Art. 7, Zürich P. 1045, Abs. 2 u. s. w.

liche Wahrnehmung ist jede von einer amtlichen Person gemachte Wahrnehmung; hier kommt es aber darauf an, dass dasselbe amtliche Organ, das die Wahrnehmung macht, auch im stande sei, gleichsam als eine Art Reflexbewegung, die Strafverfolgung auszulösen. Alle übrigen amtlichen Wahrnehmungen müssen erst auf dem Wege amtlicher Denunziation diesen Effekt erreichen. Da zur Strafverfolgung im ersten Stadium nach den kantonalen Gesetzen die mannigfaltigsten Organe berufen und berechtigt sind, so sind demnach auch zum Anheben der Strafverfolgung, gestützt auf eigene amtliche Wahrnehmung, verschiedene Organe befugt. (Vgl. §§ 16, 18, 19.)

III. *Notorietät oder Gerücht.* Es ist auch eine gewisse eigene amtliche Wahrnehmung, die in diesen Fällen zur Einleitung der Verfolgung berechtigt, die Wahrnehmung jenes gleichsam in der Luft schwebenden, durch alle Türen dringenden ungreifbaren Mediums, das „on dit“, das im stande ist, sein Objekt im Geheimen und Dunkeln zu umspinnen und zu umgarnen, viel intensiver manchmal, als die ungescheuteste Anklage. Für den alten Inquisitionsprozess waren notorium und infamatio die wichtigsten Veranlassungsgründe des Offizialeinschreitens und daher bezogen sich die tiefsinnigsten Erörterungen auf dieselben.⁷⁹⁾ Heute ist die Bedeutung von Gerücht und Notorietät für den Untersuchungsbeamten eine minime. Sache der Polizei ist es, in solchen Fällen die ersten Greifversuche nach dem Schemen der Notorietät zu machen. Es reden daher auch die Gesetze nicht mehr besonders von diesen Veranlassungsgründen.

IV. *Zeugenschaft der Tat.* Von ganz anderer Bedeutung ist dagegen dieser Veranlassungsgrund der Strafverfolgung geworden. Ursprünglich galt derselbe nur in den Fällen direkter Beobachtung der Tat. Später erweiterte die französische Jurisprudenz den Begriff des *délit flagrant* zu immer grösserem Umfange, und heute erklärt sie:

„Le délit qui se commet actuellement, ou qui vient de se commettre, est un flagrant délit.“

„Sont aussi réputés flagrants délits, *le cas où l'inculpé est poursuivi par le clameur publique, et celui où le prévenu est trouvé saisi d'effets, armes instruments où papiers faisant présumer qu'il est auteur où complice, pourvu que ce soit dans un temps voisin du délit.*“ (Z. B. Genf loi constit. de 1849, art. 2, Waadt Art. 199.)

Sie stellt also unter den Begriff von Ergreifung auf handhafter Tat Fälle, wo von einer direkten Wahrnehmung der verbrecherischen Tat selber keine Rede mehr sein kann, wo wir es nur mit amtlicher Wahrnehmung von Indizien zu tun haben. Die deutsche Gesetzgebung ist denn auch der französischen in der ungebührlichen Ausdehnung des Begriffes der handhaften Tat nicht gefolgt und bezeichnet

⁷⁹⁾ Siehe z. B. die schreckliche Unterscheidung zwischen notorium facti und notorium juris in Duranti spec. juris. Lib. III, pars 1, de not. crim.

als solche nur die Betretung unmittelbar während oder gleich nach Ausübung der verbrecherischen Tat.

Von Bedeutung für die Gestaltung des Verfahrens ist indessen auch nach germanischen Rechten die eigentümlich summarische Untersuchungsweise geworden, die die Franzosen im Falle des délit flagrant zulassen. Nicht nur ist bei flagrants délits der Staatsanwalt befugt, ein vollständiges Ermittlungsverfahren ohne Zuzug des Untersuchungsrichters durchzuführen (Genf Art. 21 ff.), sondern es ist ihm sogar gestattet, mit Zustimmung des Angeschuldigten den Fall *ohne Untersuchung* vor die korrektionellen Gerichte zu bringen. Art. 32 *ibid.*:

„Toutefois le Procureur général peut avec l'assentiment de l'inculpé, *sans requérir une information où une ordonnance de renvoi*, porter devant le Jury (gemeint ist bloss die jury correctionnelle) par citation directe, les affaires relatives aux délits dont la Cour correctionnelle connaît spécialement.

„*En matière de police il a toujours la faculté de traduire directement l'inculpé devant le Tribunal de police.*“

Anderseits ist aber auch bei délits flagrants der juge d'instruction befugt, ohne weiteres die Untersuchung anzuheben. (Vgl. Art. 40.)

Ein ähnliches summarisches Verfahren in korrektionellen Fällen sieht Neuenburg vor in den Art. 353 ff. Der in flagranti ergriffene Verbrecher wird vor den Präsidenten des korrektionellen Gerichts geführt⁸⁰⁾ und es kann ohne weiteres die Aburteilung erfolgen, immer-

⁸⁰⁾ Art. 353: „Tout individu en état de flagrant délit pour un fait relevant des tribunaux de police où des tribunaux de police correctionnelle, *est immédiatement conduit*, à la diligence de la police judiciaire, *devant le président* du tribunal, qui interroge le delinquant et transmet sans délai le procès-verbal d'interrogatoire au procureur général, en lui proposant, s'il envisage le flagrant délit comme suffisamment établi, d'appliquer la procédure contenue au présent chapitre.“

Art. 354: „Le procureur général fait connaître à bref délai sa décision au président du tribunal et lui transmet en même temps, s'il y a lieu, ses conclusions pour l'application de la peine.“

Art. 355: „*Si la décision est négative, la cause est instruite en la forme et dans les délais ordinaires.*

„*Si elle est affirmative, le président doit faire citer le prévenu pour le lendemain, à moins que ce dernier, qui est avisé de son droit, ne demande un délai de trois jours au plus, pour préparer sa défense.*“

Art. 356: „Les témoins sont cités en la forme ordinaire, et au besoin d'urgence.“

Art. 357: „*Si le président estime, après avoir entendu le prévenu et les témoins, que l'affaire n'est pas en état de recevoir jugement, il ordonne ou qu'elle sera renvoyée à une de ses plus prochaines audiences ou déférée au juge d'instruction pour être instruite en la forme ordinaire*, si les charges ont augmenté la gravité du délit. Il prononce, s'il y a lieu, que le prévenu sera mis provisoirement en liberté, avec ou sans cautionnement.

„Le président exerce, dans ce cas, les compétences attribuées au juge d'instruction et au procureur général par le chapitre V du titre premier.“

hin unter Aufstellung aller Garantien für eine nichtsdestoweniger sachliche und unparteiische Rechtsprechung. Mir scheint diese Aburteilung, die dem Verbrechen gewissermassen auf dem Fusse folgt, praktisch und rationell und eine der Hauptzierden des neuenburgischen Verfahrens. Betont werden mag nochmals, dass diese summarische Prozedur nur zulässig ist bei Delikten, die der Beurteilung der tribunaux de police und tribunaux de police correctionnelle unterstellt sind. Auch von diesen sind vernünftigerweise Pressvergehen und politische Delikte, sowie die Vergehen der §§ 399—403 des Code pénal neuch. ausgenommen.

Nach dem französischen Vorbild des summarischen Eingreifens der police judiciaire bei délits flagrants lassen auch die deutschschweizerischen Strafprozessgesetze bei Ergreifung auf handhafter Tat die blossen Polizeiorgane Nachsuchungen nach Waffen und Werkzeugen, entwendeten Gegenständen etc., die vor den Augen des Zeugen in ein Haus geflüchtet wurden, und ebenso Hausdurchsuchungen nach dem flüchtenden Verbrecher vornehmen, somit Handlungen, die ordentlicherweise nur den Untersuchungsbeamten zustehen.

Ebenso ist der Satz der französischen Jurisprudenz: „En cas de flagrant délit, chaque citoyen a le droit d'appréhender le délinquant“, in sämtliche schweizerische Strafprozessgesetze übergegangen.

Es ist demgemäss die Ergreifung auf handhafter Tat nicht mehr blosser Anstoss zur Strafverfolgung, sondern bereits eigentliche Offizialanhebung derselben. Diese Strafverfolgung setzt zudem gleich mit dem wirksamsten und aber auch bedenklichsten Mittel der Verfolgung ein, mit der Einziehung des Angeschuldigten. Dadurch ist die ganz wesentliche Abkürzung des Verfahrens auch da bedingt, wo ein besonderes summarisches Verfahren für délits flagrants nicht besteht, da die Ergreifung auf handhafter Tat die Voruntersuchung, d. h. das Ermittlungsverfahren unnötig macht, und auch da, wo das Verfahren ein einteiliges ist, gleich mit dem wichtigsten und bedeutsamsten Stadium, mit der Sistirung des Angeschuldigten wie der wichtigsten Beweismittel, beginnt.

Das Charakteristische an dieser Art des Beginnens der Strafverfolgung ist darin zu suchen, dass es ein Polizeiorgan unterster Stufe, ja selbst ein Privater sein kann, der durch sein tätiges Einschreiten die Strafverfolgung ohne weiteres und in der allerwirksamsten Weise in Bewegung setzt. Es ist dies der Hauptfall der Beteiligung der gerichtlichen Polizei an der Strafverfolgung, selbst in den Kantonen mit gerichtlicher Untersuchung. *Gerade in dieser Beteiligung aber dürfte eine der Hauptwurzeln jener Bewegung liegen, die den modernen Strafprozess unverkennbar beherrscht, nämlich des Bestrebens, nach und nach die gesamte Untersuchung in die Hände von Polizeiorganen zu legen.*

II. Kapitel.

Beginn der Untersuchung im allgemeinen, das Ermittlungsverfahren insbesondere.

§ 26.

Beginn des Ermittlungsverfahrens.

I. Nachdem der zuständige Untersuchungsbeamte — gleichviel ob sich die Zuständigkeit bloss auf die Voruntersuchung erstrecke, oder auch auf die Hauptuntersuchung — auf irgend einem Wege von dem begangenen Verbrechen Kenntnis erlangt hat, wird er die förmliche Untersuchung anheben. Mit Ausnahme der Fälle, in welchen der Täter in flagranti ergriffen und dadurch Täter wie Tat hinlänglich festgestellt worden sind, wird sich die Tätigkeit des Untersuchungsbeamten zunächst auf die Feststellung des objektiven Tatbestandes und auf die Ausmittlung des Täters zu richten haben.

II. In der Regel ist dem untersuchenden Organ bereits vorgearbeitet worden und zwar durch die in § 18 aufgeführten Polizeiorgane der Gemeinde und des Bezirkes, daneben aber auch durch die eigentlichen Polizeiangestellten. Diese Vorarbeit kann absolut nicht umgangen werden. Sie ist aber ein Faktor, dem von unseren Gesetzen viel zu wenig Augenmerk geschenkt wird; denn in der Raschheit und Energie der Strafverfolgung liegt bereits der halbe Erfolg derselben.

Wie aber sollen Raschheit und Energie entwickelt werden können, wenn im Momente, wo dieselben am nötigsten sind — gerade nach dem Verbrechen — die Organe, die allenfalls noch mit Erfolg eingreifen könnten, durch allerlei Einschränkungen daran gehindert sind?

III. Mit einer unverantwortlichen, bureaukratischen Aengstlichkeit werden den untern Polizeibeamten die Federn gestutzt, um ja zu verhindern, dass sich ein solcher im raschen, energischen Stosse auf den Verdächtigen stürze und ihn überführe, so lange das Blut des Opfers noch an seinen Kleidern haftet. Da wird von unsern Gesetzgebungen, übereinstimmend fast, dem Gemeindammann wie dem Polizeisoldaten eingeschärft, ja nichts zu tun, was an der Lage der Beweise etwas ändern könnte, und nur diejenigen Spuren zu sammeln, deren Verlust zu besorgen steht. Es wird *de lege lata* als Aufgabe der Gemeindepolizeibehörden bezeichnet:

- a. *Sofern keine Gefahr im Verzug ist*: Die Pflicht zur Anzeige an den Untersuchungsbeamten, zur Aufnahme des Protokolls, die Sorge für Erhaltung der Beweisobjekte in dem Zustande, in dem sie der Verbrecher gelassen hat; eventuell auch die provi-

sorische Verhaftung des mutmasslichen Täters (auf höchstens 24 Stunden). Vgl. namentlich Waadt Art. 181 ff.⁸¹⁾

- b. *Bei Gefahr im Verzug*: Vornahme der ersten Feststellungs- und Verfolgungshandlungen, Sammlung der Indizien, aber immer mit dem Hemmschuh, dass diese Tätigkeit sich nur auf das dringend Notwendige erstrecken dürfe.

Es liegt auf der Hand, dass diese Aengstlichkeit und Zugeknöpft-heit gegenüber den untern Polizeiorganen jegliche nutzenbringende Tätigkeit derselben lähmen muss. Der Gemeindammann, der Polizeibeamte, fühlt sich eben nicht als das, was er sein sollte, als der Stellvertreter des Untersuchungsbeamten. Er kann seine Aufgabe nicht darin erblicken, alles anzuordnen, was irgendwie im stande ist, die Aufgabe des Untersuchungsrichters zu erleichtern, sondern er muss vielmehr zur Ueberzeugung kommen, dass er nur dazu da sei, um zu verhüten, dass niemand dem gestrengen Herrn Untersuchungsrichter ins Handwerk pfusche.

Nein, mit dieser Niederhaltung der eigenen, freudigen Initiative der zunächst am Tatort anlangenden Beamten ist der Justiz sicher nicht gedient! Gebe man den Gemeinde-Polizeivorstehern, die doch meist erfahrene und intelligente Leute sind, freie Hand, bis zur Ankunft des Untersuchungsbeamten alle Massregeln zu ergreifen, die

⁸¹⁾ Art. 181: „Lorsque le syndic a connaissance qu'un délit a été commis, il en fait prévenir immédiatement le juge de paix.

Art. 182: „*S'il y a péril dans le retard*, le syndic recueille sur-le-champ les premières circonstances du fait, *surtout celles dont les traces peuvent disparaître*. Il dresse procès-verbal, *en ayant soin de laisser autant que possible, les choses dans l'état où il les trouve*. Le procès-verbal est remis au juge de paix à son arrivée.“

Art. 183: „S'il n'y a pas péril dans le retard, *le syndic veille soigneusement à ce qu'aucune trace du délit ne disparaisse et à ce que l'état des choses ne soit pas changée avant l'arrivée du juge*.

Art. 184: „En cas de flagrant délit, le syndic fait saisir les prévenus, et les fait conduire au juge de paix le plus tôt possible, et au plus tard dans les douze heures.“

Vgl. damit Freiburg Art. 50—60, speziell Art. 53—56. Typisch sagt Art. 55: „Ist keine Gefahr im Verzuge, *so muss sich der Ammann der im vorgehenden Artikel vorgeschriebenen Handlungen enthalten*.“

Auch der in einzelnen Kantonen noch als Polizeibeamte oberen Ranges zwischen den Gemeindevorsteher und den Untersuchungsbeamten eingeschobene préfet (Bezirksammann) übt kaum eine grössere Initiative bei der Strafverfolgung aus, trotzdem dies die Gesetze eigentlich vorsehen.

Vgl. z. B. Neuchâtel Art. 153: „Les préfets sont particulièrement tenus, en même temps qu'ils denoncent les délits au juge d'instruction, *de réunir sur-le-champ tous les renseignements qui peuvent faciliter la tâche de ce magistrat*.“

Wenigstens sagt Cornaz in seinem Kommentar, S. 31, darüber: „L'expérience nous a démontré que, malgré toutes les recommandations, certaines préfectures persistent à ne faire aucune enquête préalable *et se bornent à mettre au pied des rapports de gendarmerie: Vue et transmis au juge d'instruction*“, und diese Klage trifft auch anderwärts zu.

im stande sind, zur Entdeckung des Täters zu führen. Man wird sehen, dass mit dem Amt auch der Verstand kommt, d. h. dass diese unteren Organe sich mit wenig Ausnahmen ganz gut in die ihnen anvertraute Aufgabe hineinzufinden wissen. Die Angst, es könnten dadurch wichtige Spuren verloren gehen, verwischt werden, ist eine ziemlich haltlose; wo es darauf ankommt, dass der Untersuchungsrichter selbst die Lage der Beweisstücke sehe, wird der untere Polizeibeamte von sich aus dieselbe nicht ändern. Vor allem aber soll eben eines erzielt werden, nämlich, dass der Gemeinde-Polizeivorsteher zur Einsicht gelange, dass auch von ihm etwas — rasches, angenehmes, energisches Handeln — erwartet wird, dass der Erfolg, resp. Misserfolg der Strafverfolgung ihm auch zur Ehre gereicht, resp. zur Last fällt. Dann wird man wohl auch erleben, dass der ortsansässige, mit Land und Leuten vertraute Polizeibeamte, der vieles sieht und hört, was dem Untersuchungsrichter niemals zur Kenntniss gelangen würde⁸²⁾, sich energisch der Ausmittlung des Täters annimmt und nicht einfach das Allernotwendigste anordnet und dann den Untersuchungsbeamten sitzen lässt, weil er denkt, die Sache gehe ihn nichts mehr an.

IV. Freilich hat die Praxis mancherorts die Gesetzgebung in der angedeuteten Hinsicht überholt, namentlich da, wo es der Untersuchungsrichter verstand, die Gemeindepolizei zu seiner Unterstützung heranzuziehen, indem er ihr mehr Vertrauen schenkte und mehr überliess, als das Gesetz vorschrieb. Die Erfahrungen, die diese Untersuchungsbeamten gemacht haben, sind im grossen und ganzen nicht ungünstige. Drei Kantone, nämlich Glarus, Appenzell A. Rh. und St. Gallen, haben sich auch nicht gescheut, den Gemeindepolizeibehörden die gesamten Ermittlungen, ja St. Gallen die ganze Untersuchung zu überlassen.⁸³⁾

In Glarus gelangt die Anzeige an den Polizeivorstand der Gemeinde. Dieser ist verpflichtet, zugleich mit Uebermittlung der Denunziation an den Kriminalgerichtspräsidenten diesem ein Gutachten über die Glaubwürdigkeit der Anzeige abzugeben (§§ 26 und 32). Zu diesem Behufe besitzt er auch eine limitirte Untersuchungsbefugnis; er nimmt Verhöre auf, kann Hausarrest oder vorläufige Verwahrung des Verdächtigen anordnen — offenbar für so lange Zeit, als seine Recherchen in Anspruch nehmen (§ 29). Er kann auf Verlangen und Verantwortlichkeit des Geschädigten hin Haussuchungen vornehmen (§ 30). Der Gemeindeschreiber führt dabei das Protokoll. Alle diese Massregeln können auch vom Staatsanwalt beantragt werden. Somit führt der glarnerische Polizeivorsteher tatsächlich eine kleinere polizeiliche und selbständige Voruntersuchung.

⁸²⁾ Es kann diesbezüglich auf Bolli verwiesen werden. Sicherlich hätte in Löhningen der Gemeindepolizeiverwalter schon längst den Verhörrichter auf die richtige Spur leiten können.

⁸³⁾ Auch in Appenzell A. Rh. führen die Gemeindeuntersuchungsämter die Untersuchung in den meisten Vergehensfällen völlig durch.

Appenzell A. Rh. lässt die Voruntersuchung entweder durch den Präsidenten des Gemeindegerichtes, also eine kommunale Behörde, oder durch die Kantonspolizeidirektion führen. Der Polizeivorsteher ist wohl lokaler Vorgesetzter der Gemeindepolizei, und als solcher Organ der gerichtlichen Polizei mit allen Aufgaben, die anderwärts dem Gemeindepolizeibeamten zugewiesen sind. (P. § 15.) Die Voruntersuchung aber steht nicht ihm, sondern dem sog. „Präsidenten“ zu. Obwohl dieser Präsident eines „Gerichtes“ ist, darf man doch füglich von einer polizeilichen Voruntersuchung reden (vgl. P. § 4). Praktisch hat sich die Uebertragung der Voruntersuchung an Gemeindeorgane gut bewährt, genau wie in St. Gallen und Glarus.

Daher glaube ich ruhig den Satz aussprechen zu dürfen: „Bis zum Eintreffen des Untersuchungsbeamten sind die zur Stelle befindlichen Organe der gerichtlichen Polizei (Gemeinde- oder Bezirkspolizeivorsteher, Polizeiagenten) berechtigt und verpflichtet, *provisorisch* alle Massregeln zu treffen, die geeignet sind, die Ermittlung von Tat und Täter zu befördern. Es gelten dabei die für die Untersuchung allgemein aufgestellten Formvorschriften, und es soll darauf geachtet werden, dass die Aufnahme des unmittelbaren Augenscheines dem eigentlichen Untersuchungsbeamten ermöglicht bleibt.“

V. Der zur Stelle gerufene Untersuchungsbeamte übernimmt die, wie aus dem soeben Gesagten hervorgeht, bald mehr bald weniger vorbereitete Prozedur. Sein erstes Augenmerk wäre in den Fällen, wo eine energische Vorbereitung stattgefunden hat, darauf zu richten, die bereits getroffenen Massregeln zu prüfen, zu genehmigen oder aufzuheben. Die Leitung und Verantwortlichkeit geht nun an ihn über, wenn es auch angezeigt wäre, den Beamten, der die Verfolgung einleitete, gewissermassen als Auskunftsperson und Berater, einstweilen noch am Verfahren teilnehmen zu lassen. Je nach der Ein- oder Zweigliedrigkeit des Untersuchungsverfahrens (vgl. § 9) ist der nun funktionirende Untersuchungsbeamte zuständig:

- a. Für die gesamte Untersuchung bis zur Ueberleitung der Prozedur ans Spruchgericht, so in St. Gallen, Graubünden, Zürich, Solothurn, Neuenburg, Waadt, in gewissem Sinne auch in Wallis. Nur in Vergehensfällen gilt diese Gesamtzuständigkeit in Luzern, Thurgau und teilweise auch in Aargau (vgl. § 9). Die Praxis dehnt aber auch die Kompetenz der Untersuchungsbeamten des blossen Ermittlungsstadiums in dem Sinne aus, dass dieselben wenigstens die leichteren Untersuchungen durchführen (vgl. namentlich Luzern § 2 des Gesetzes über Vereinfachung des Staatshaushaltes vom 29. November 1894, der nun einen längst bestehenden faktischen Zustand sanktionirt).
- b. Nur für das Ermittlungsverfahren in allen übrigen Kantonen, freilich nur soweit die Praxis nicht das Gesetz überholt hat.

Im Falle a. beginnt demgemäss ohne weiteres die Hauptuntersuchung, im Falle b. zunächst nur das Ermittlungsverfahren. Letzteres haben wir noch besonders zu würdigen.

§ 27.

Zweck und Umfang des Ermittlungsverfahrens.

I. v. Stein bezeichnet in seinem Handbuch der Verwaltungslehre 1876, 203 § ff., als Zweck des polizeilichen Ermittlungsverfahrens die Tätigkeit, an Stelle eines bloss polizeilichen Verdachtes den gerichtlichen zu setzen. Mit andern Worten, es soll die Tat soweit aufgeklärt werden, dass der erst noch unsichere Verdacht gegen eine bestimmte Person greifbare Gestalt annehme. Die Täterschaft der letzteren soll soweit erwiesen werden, dass die Anwendung gerichtlicher Zwangsmassregeln für begründet erscheint und dass damit diese betreffende Person als gerichtlicher Angeschuldigter behandelt werden kann. Glaser⁸⁴⁾ präzisirt den Zweck des deutschen Ermittlungsverfahrens folgendermassen: „Man kann das Ermittlungsverfahren als einen Inbegriff von Akten bezeichnen, welche der Staatsanwalt vornimmt oder vornehmen lässt, um die Grundhaltigkeit einer an ihn gelangten Anzeige zu prüfen und sich die Möglichkeit zu verschaffen, verlässlich darüber zu entscheiden, ob die öffentliche Klage zu erheben sei.“ (Vgl. damit Hélie, traité, vol. III, p. 1, zit. § 9, III.)

Es wird also als Zweck des Ermittlungsverfahrens im allgemeinen die vorläufige Prüfung des gesamten Belastungsmateriales bezeichnet, um daraus, lediglich zu Gunsten des staatlichen Anklageorganes, die Möglichkeit abzuleiten, gegen eine bestimmte Person das gerichtliche Verfahren zu eröffnen. Für das einigermaßen reine Accusationsverfahren hat aber die gesamte Untersuchung keinen andern Zweck. (Vgl. § 9, IV.)

Ebenso lässt sich auch der Umfang des Ermittlungsverfahrens nicht aus dessen eigentümlicher Zweckbestimmung festsetzen. Theoretisch läge ja freilich die Grenze zwischen Ermittlungsverfahren und eigentlicher Untersuchung da, wo die Polizeibehörden ihrerseits zur Ansicht gekommen sind, dass eine bestimmte Person eines bestimmten Verbrechens so weit überwiesen sei, dass die Anwendung richterlicher Zwangsgewalt gegenüber dieser Person sich rechtfertige. Weil aber diese Grenze nicht objektiv, sondern nur subjektiv gezogen werden kann, ist, wie in § 9, II. nachzuweisen versucht wurde, ein Einhalten derselben praktisch unmöglich.

II. Genau so wenig ist man im stande, eine praktisch festhaltbare Grenzlinie zwischen Ermittlungsverfahren und Untersuchung zu ziehen, wenn man die Notwendigkeit der Beibehaltung zweier Untersuchungsstadien damit motivirt, dass die in der eigentlichen Untersuchung vorzunehmenden, sog. gerichtlichen Untersuchungsakte nur durch ein richterliches Organ vorgenommen werden dürften. (Vgl. § 9, III.) Die Einführung eines richterlichen Untersuchungsstadiums unter diesem Gesichtspunkte führt zu enormen Schwierigkeiten. Not-

⁸⁴⁾ Glaser, Hdb. II, S. 359.

wendig entwickelt sich der Gegensatz zwischen Ermittlungsverfahren und richterlicher Untersuchung in der Weise, dass alle Akte sog. richterlicher Natur *ausschliesslich* dem zweiten Stadium vorbehalten werden. Damit wäre ja allerdings auch die Grenzlinie zwischen beiden gefunden, indem eben die richterliche Untersuchung mit dem Momente einzusetzen hätte, in welchem sich die Notwendigkeit, sog. richterliche Untersuchungshandlungen vorzunehmen, ergibt. Praktisch ist aber die Unmöglichkeit der strengen Beschränkung der sog. richterlichen Akte auf die gerichtliche Untersuchung durchaus und allseitig anerkannt.

Notgedrungen haben selbst die Gesetzgebungen, welche krampfhaft an der Trennung von Verfolgungs- und richterlichen Funktionen festhalten, die Vornahme von Akten letzterer Art auch im Ermittlungsverfahren zugeben müssen. Damit ist aber auch die Grenzlinie zwischen Ermittlungsverfahren und Untersuchung verwischt worden, und damit ein casus belli allerbedenklichster Art entstanden; man vergleiche nur die grossen Kontroversen, zu denen die Stellung der deutschen Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren geführt hat, besonders im Hinblick auf § 159 der D. Str. P. O.⁸⁵⁾

III. Die Franzosen sind diesem Zwiespalt ausgewichen, indem sie Verfolger und Richter, statt *hintereinander*, *nebeneinander* amten lassen. Die Idee ist an sich die richtige, aber unrichtig ausgeführt, weil Richter und Verfolger mit und *durcheinander* arbeiten und somit, statt *eines* Verfolgers und *eines* Richters, *zwei* Funktionäre *zugleich* Richter und Verfolger sind. (Vgl. Genf Art. 40, Neuenburg Art. 157.)

In praxi dürfte freilich die Beteiligung der Staatsanwaltschaft an der Untersuchung keine intensivere sein als anderswo, d. h. eben, de facto ist auch in Frankreich der juge d'instruction Träger der Untersuchung und damit eben nicht nur Richter, sondern auch Verfolger.

IV. Unsere deutschschweizerischen Strafprozessgesetze sind den grossen Schwierigkeiten der Kompetenzenverteilung zwischen Ermittlungsverfahren und Untersuchung in einer allerdings sehr einfachen, aber dafür auch anfechtbaren Weise aus dem Wege gegangen, indem sie kurzerhand dem Leiter des Ermittlungsverfahrens genau dieselben Kompetenzen einräumen, wie dem Untersuchungsrichter. Entschieden sagt dies Baselstadt E. G. § 23:

„Zu diesem Zwecke besitzt die Staatsanwaltschaft *alle dem Untersuchungsrichter und dem Polizeidepartement gesetzlich zustehenden Befugnisse und hat sich an die für diese aufgestellten Vorschriften zu halten.*“

Vgl. damit Baselland P. 5, Schwyz § 44, Thurgau B. V. 11 ff., Luzern § 26, Abs. 2, 27, Freiburg Art. 134, Nidwalden § 26, Glarus § 30, die den Voruntersuchungs(Polizei)-Beamten für alle Unter-

⁸⁵⁾ Vgl. z. B. Geyer § 172; Glaser, i. Holtzendorffs R. Lex. I, 461 ff.; Stenglein, Kommentar zu § 159 u. s. w.

suchungshandlungen zuständig erklären, und ebenso, wenn auch nur in dringenden Fällen, Bern Art. 63, Zug § 5, Abs. 4, Obwalden § 33.

Uebereinstimmend verlangen die Kantone aber, dass diese sog. gerichtlichen Untersuchungshandlungen unter den für den Richter aufgestellten Formen (also Beiziehung eines Protokollführers, von Urkundspersonen u. s. w.) vorgenommen werden.⁸⁶⁾

Praktisch ist diese Lösung vollkommen richtig. Nicht derjenige Teil richterlicher Tätigkeit, der speziell als richterlicher bezeichnet werden muss, nämlich die Kraft, rechtskräftig zu urteilen, kommt in diesen Handlungen zur Geltung, sondern mehr die Urkundsbefugnis, und die kann, wie in § 9, III. ausgeführt, ebensowohl einem staatlichen Organe nicht richterlicher Natur übertragen werden, sofern es die Formvorschriften einhält.

Anfechtbar, weil absolut inkonsequent, ist diese Ordnung der Dinge aber im Hinblick darauf, dass mit dem Momente, wo die Leiter von Ermittlungsverfahren und Untersuchung in Bezug auf ihre Kompetenzen gleich gestellt werden, jede Begründung der Zweigliedrigkeit des Verfahrens unmöglich ist. Die beiden Abschnitte der Untersuchung unterscheiden sich ja dann nicht mehr von einander, weder durch ihren Zweck noch durch die Mittel der Untersuchung. *Es müsste logisch im Augenblicke, in welchem der Führer des Ermittlungsverfahrens und der der Untersuchung an Kompetenzen gleichgestellt wurden, die Zweigliedrigkeit des Verfahrens, weil unsinnig, aufhören.*

V. Tessin hat allein an der strikten Reservierung der sog. gerichtlichen Untersuchungshandlungen für den Untersuchungsrichter festzuhalten versucht, indem Art. 148 des C. P. P. den deutschen Grundsatz des § 160 der Str. P. O. aufnimmt und sagt:

„Se il procuratore pubblico crede necessario qualche atto d'istruzione giudiziaria ne farà richiesta al giudice istruttore.“

Dabei muss es aber sofort eine Ausnahme machen, vgl. Art. 148, Abs. 2, am Ende:

„Il procuratore pubblico può assistere in persona all'assunzione di queste informazioni preliminari, ma non potrà, in occasione delle medesime, *procedere a perizie od a perquisizioni domiciliari, se non in caso d'impellente necessità e sotto l'osservanza delle formalità prescritte per questi atti d'istruzione.*“

Damit wird allerdings die oben erwähnte Kontroverse über den Umfang der staatsanwaltlichen Rechte im Ermittlungsverfahren umgangen, zugleich ist aber auch das allein von § 97 der Oestr. Str. P. O. festgehaltene Prinzip: „Untersuchungshandlungen nimmt der Staatsanwalt bei sonstiger Nichtigkeit des Aktes nicht vor“, in einer Weise durchbrochen, dass es richtiger wäre, sich zu dem von den übrigen Kantonen beliebten System zu bekennen.

⁸⁶⁾ Vgl. z. B. Freiburg 100, Genf 28, Bern 67, St. Gallen U. V. 23, Glarus 30, Solothurn 121, Abs. 2.

VI. Wohl nicht ganz ohne Grund haben die Kantone mit accusatorisch reformirtem Verfahren davon abstrahirt, für die Voruntersuchung (Ermittlungsverfahren) eigene Zweckbestimmungen aufzustellen, musste es ihnen ja doch zum Bewusstsein kommen, dass die Zwecke der Untersuchung identisch seien mit denen des Ermittlungsverfahrens. Nur Baselstadt bestimmt in E. G. § 10:

„Das Polizeidepartement hat von Amtswegen allen Verbrechen, die nicht bloss auf Antrag verfolgt werden, nachzuforschen und alle hiezu nötigen Erhebungen soweit vorzunehmen, dass mit Wahrscheinlichkeit ein bestimmter Täter des Verbrechens bezeichnet werden kann.“

Dafür finden sich dann allerdings Bestimmungen, wie die von Thurgau B. V. § 8, die dem Beamten des Ermittlungsverfahrens anbefehlen, sich auf das Notwendigste zu beschränken.

VII. Ganz anders gestalten sich die Verhältnisse in denjenigen Kantonen, in denen im wesentlichen noch das alte inquisitorische Verfahren beibehalten ist. Dort ist die Festhaltung an zwei Untersuchungsstadien unanfechtbar, da dort die Voruntersuchung wesentlich zu Handen der Verfolgung, die Hauptuntersuchung zu Handen der Urteilsfällung geführt wird. Es definirt daher auch Appenzell A. Rh. § 25, den Zweck der Voruntersuchung folgendermassen:

„Die Voruntersuchung hat zum Zwecke:

- a. Summarische Ausmittlung des Tatbestandes und des Täters;
- b. Sammlung der Beweismittel, *um die künftige Beweisführung in der allfälligen Hauptuntersuchung vorzubereiten.*“

Vgl. damit Schwyz § 42, und selbst von den Kantonen mit modifizirt accusatorisch-inquisitorischem Verfahren noch Luzern § 26. Setzen wir in dieser Definition an Stelle von „Hauptuntersuchung“ „Hauptverhandlung“, so haben wir eine Definition, die vollkommen für die *gesamte* Untersuchung im Accusationsprozesse zutreffend ist, woraus wiederum erhellt, dass die accusatorische Untersuchung sich logisch nicht weiter auszudehnen hat, als die Generaluntersuchung des Inquisitionsprozesses.

VIII. Ueber den Beamten, dem die Leitung des Ermittlungsverfahrens zusteht, vgl. die Tabelle zu § 9.

§ 28.

Schluss des Ermittlungsverfahrens.

I. Das Ermittlungsverfahren ist dann zu schliessen, wenn, um mit v. Stein zu reden, der Moment gekommen ist, statt von einem bloss polizeilichen Verdachte, von einem gerichtlichen zu reden. Dieser Moment kann sofort mit dem Bekanntwerden des Verbrechens eintreten bei délits flagrants; er kann aber auch jahrelang auf sich

warten lassen, ja überhaupt nie eintreten, weil die Ermittlungen zu keinem Resultat geführt haben. Müssig wäre es daher, eine Normalfrist für den Schluss des Ermittlungsverfahrens aufzustellen. Mit Recht begnügen sich unsere Strafprozessordnungen damit, zu sagen, dass die Ueberweisung in die Untersuchung möglichst rasch zu erfolgen habe (vgl. Bern Art. 74, Thurgau B. V. § 8 u. s. w.). Damit kann nur eine möglichste Raschheit von dem Zeitpunkte an gemeint sein, in welchem sich der Verdacht auf eine bestimmte Person zu lenken beginnt. Obwalden findet, logisch durchaus richtig, das Kriterium für den Beginn der Hauptuntersuchung in der Verhaftung des Angeeschuldigten (Art. 14); denn zur Anordnung des Sicherheitsverhaftes bedarf es des gerichtlichen Verdachtes.

II. *Das Ermittlungsverfahren schliesst:*

- a) mit der Stellung des Angeeschuldigten vor das erkennende Gericht;
- b) mit Ueberweisung des Falles in die Hauptuntersuchung;
- c) mit Einstellung des Verfahrens.

Die Stellung vor Gericht. Findet man die Aufgabe des Ermittlungsverfahrens darin, sich über die Möglichkeit des Vorgehens mittelst gerichtlicher Zwangsgewalt gegen eine bestimmte Person Rechenschaft zu verschaffen, so müsste logischer Weise eine direkte Stellung vor das Spruchgericht ausgeschlossen erscheinen. Dem entgegen geht der Zug der Gesetzgebung wie der Praxis dahin, die Ueberweisung aus dem Ermittlungsverfahren ans erkennende Gericht zu erleichtern, ja zur Regel zu machen. Darin liegt der Beweis dafür, wie die Theorie und namentlich die Praxis die Ueberflüssigkeit zweier Untersuchungsstadien erkannt hat. Leider können wir auf die diesbezügliche Praxis keine Rücksicht nehmen, sondern höchstens wiederum an Luzern erinnern, wo nun das Ermittlungsverfahren von 1897 an in allen Fällen zur direkten Ueberweisung ans Spruchgericht führen wird, und tatsächlich auch jetzt schon führt. Hier können wir nur die gleichlaufende Tendenz der Gesetzgebung signalisiren. Es kennzeichnet sich dieselbe:

- a) in der Einführung des eingliedrigen Verfahrens wenigstens in Vergehensfällen, so in Thurgau und (nun auch auf die Verbrechensfälle ausgedehnt) in Luzern;
- b) in der fakultativen Zulassung der direkten Ueberweisung; teils nur bei Vergehensfällen, so in Tessin Art. 50, Genf Art. 32, Aargau E. G. § 7; teils auch in Verbrechensfällen, so in Appenzell A. Rh. § 28, und in Luzern, wo P. § 28 ursprünglich nur sagte: „sofern der Fall einfach ist“.

Unter bestimmten Voraussetzungen ist die direkte Ueberweisung auch in Baselstadt (E. G. § 25) zulässig, nämlich in den Fällen, wo nicht „das dem Angeeschuldigten zur Last gelegte Verbrechen mit höherer Strafe als mit Gefängnis ohne Angabe eines Minimums muss bestraft werden“, und in Uri (J. R. § 3), sofern die betreffenden Delikte nicht

„eine entehrende oder längere Arbeitshausstrafe oder eine Einstellung im Aktivbürgerrecht zur Folge haben könnten“.

Endlich dürfen wir als bedeutsame Symptome dieser Tendenz die direkte Stellung des Täters vor Gericht bei délits flagrants in Neuenburg und Genf betrachten (vgl. § 25).

Die direkte Stellung vor Gericht geschieht regelmässig nach dem Ermessen des Strafverfolgungsorganes (Staatsanwalt oder Regierungsrat). Tessin Art. 168, Genf Art. 32 und Uri J. R. § 3 räumen aber dem Angeschuldigten das Recht ein, eine formelle Untersuchung verlangen zu können.⁸⁷⁾ Bezüglich der Stellung vor Gericht gelten die allgemeinen Vorschriften über Verweisung der Prozedur in die Hauptverhandlung (siehe § 43).

III. *Die Verweisung in die Hauptuntersuchung.* Sie soll Normalfall sein de lege lata; die Praxis hat dies vielfach geändert. Die Akten sind entweder der Staatsanwaltschaft, der Regierungsbehörde oder in engster Anlehnung an den Inquisitionsprozess dem Untersuchungsgericht zweiter Instanz vorzulegen (vgl. §§ 11—16, namentlich § 16). Ganz formlos geschieht die Ueberweisung in Bern und Freiburg, und es verleitet dies zur Annahme, das Gesetz habe in diesen Kantonen ein eingliedriges Verfahren vorgesehen. Dem ist aber nicht so, sondern im Gegenteil, das Verfahren vor dem Regierungsstatthalter resp. Oberamtmann ist als ein eigentliches Ermittlungsverfahren gedacht. Ich schliesse das aus folgenden Gründen:

- a) Alle Anzeigen gelangen an den Oberamtmann (Freiburg Art. 40), resp. den Regierungsstatthalter (Bern Art. 73), und nicht an den Untersuchungsrichter.
- b) Der Bezirkspolizeibeamte begnügt sich nicht mit Anordnung blosser Sicherheitsmassregeln, sondern nimmt förmliche Ermittlungen vor, und zwar soweit, bis der gerichtliche Verdacht begründet ist; vgl. Freiburg Art. 41:

„Er verfolgt die Spuren der Verbrechen und Vergehen und nimmt alle nötigen Nachforschungen zur Feststellung des Tatbestandes vor.“ (Z. B. Augenschein Art. 100.)

Bern Art. 74: „..... so behält er (der Regierungsstatthalter) die Anzeige so lange in den Händen, bis es der Polizei gelingt, irgendwelche Indizien gegen eine **bestimmte** Person, als den **wahrscheinlichen** Täter zu ermitteln.“

- c) Die Voruntersuchungsbeamten sind befugt, von sich aus die Verfolgung zu sistiren; Freiburg Art. 70, Bern Art. 74.

In der Praxis freilich scheint dieses Ermittlungsverfahren total verkümmert zu sein, indem eben Oberamtmann und Regierungs-

⁸⁷⁾ Für Uri waren früher die durch amtliche Klage verfolgten Delikte ausgenommen (§ 23); nun ist aber die Einschränkung des § 3, „sofern die Klage keine amtliche ist“, obsolet geworden durch § 9 des Gesetzes betreffend die amtliche Klage vom 6. Mai 1894.

statthalter sich damit begnügen, unter die Anzeigen ihr „vue et transmis au juge d'instruction“ zu setzen, wie Cornaz über den neuenburgischen préfet klagte.⁸⁸⁾ Nur so lässt sich wenigstens das bernische Votum am Juristentag von 1863 erklären, das behauptet, das bernische Verfahren sei eingliedrig.⁸⁹⁾

Bezüglich der staatsanwaltlichen Ueberweisung ist zu bemerken, dass dieselbe als Anklageerhebung in Tessin geschieht (Art. 139). Der Untersuchungsrichter ist an die staatsanwaltlichen Anträge gebunden in Tessin, Baselstadt und auch in Aargau (vgl. § 10, III.).

IV. *Die Einstellung des Verfahrens.* Normal ist die Einstellung des Ermittlungsverfahrens gleichbedeutend mit der Nichtanhandnahme einer Verfolgung, und daher auch unter denselben Voraussetzungen wie diese vom Kläger, resp. allfällig auch vom Denunzianten anfechtbar (vgl. §§ 20 und 21).

Die Einstellung des Ermittlungsverfahrens bewirkt aber anderseits auch nicht eine Verpflichtung gegenüber dem Verdächtigten, ihn wegen derselben Anschuldigung fürderhin ungeschoren zu lassen. Es kann die Untersuchung jederzeit, gestützt auf dieselben Tatsachen, wieder aufgenommen werden. Nicht mit Unrecht geben daher einzelne Kantone dem Verdächtigten das Recht, eine förmliche gerichtliche Entscheidung zu verlangen, und dies namentlich dann, wenn die Ermittlungen die Folge gestellter Klage (vgl. § 22) waren, so z. B. Aargau E. G. § 10:

„Wenn die *Staatsanwaltschaft* nach Durchführung der Untersuchung die Strafsache nicht weiter verfolgt, so ist die daherige Verfügung dem Anzeiger sowohl, als auch dem Beanzeigten zu eröffnen. Jeder von ihnen hat das Recht, die Ueberweisung an das Gericht und die Erledigung durch Urteil zu verlangen.“

III. Kapitel.

Die Untersuchung insbesondere.

§ 29.

Begriff und Zweck der Untersuchung.

I. Unter Untersuchung im Sinne des nachstehenden Kapitels ist dasjenige Prozessstadium verstanden, das unmittelbar zur Stellung des Angeeschuldigten vor Gericht führt, sofern nicht die Untersuchung

⁸⁸⁾ Cornaz, Kommentar zu Art. 153, pag. 31.

⁸⁹⁾ Vgl. Zeitschr. f. Schweiz. Recht, Bd. XII, pag. 3 ff.

seine Schuldlosigkeit ergibt. Dieses Stadium führt in den Kantonen mit accusatorischem Verfahren in der Regel den Titel Voruntersuchung oder schlechthin Untersuchung, in den Kantonen mit inquisitorischem Verfahren dagegen finden wir die Bezeichnung Hauptuntersuchung für dasselbe.

Nicht ganz mit Unrecht könnte eingewendet werden, die letztere gehöre nicht mehr in den Bereich meiner Arbeit, da der Voruntersuchung nach accusatorischen Grundsätzen die Generaluntersuchung des Inquisitionsprozesses entspricht. Doch hiesse das sich allzusehr an den blossen Wortlaut der gestellten Aufgabe zu halten, während doch der eigentliche Zweck unserer Aufgabe dahingeht, über das gesamte Verfahren gegenüber einem Schuldverdächtigen, das seiner gerichtlichen Beurteilung vorangeht, aufzuklären.

II. Im Inquisitionsprozess erbringt die Untersuchung allein und ausschliesslich Beweis. Neue Beweisaufnahmen finden vor dem Spruchgericht niemals statt. Demnach muss auch die Untersuchung völligen Beweis des Tatbestandes, kurzum die gesamte Urteilsgrundlage mit Einschluss aller Details erbringen. Auf diesem Standpunkte stehen noch heute Uri, Schwyz, Unterwalden, Appenzell, Schaffhausen und Wallis. Prägnant drückt dies Appenzell A. Rh. in Art. 29 aus:

„Die Hauptuntersuchung hat die Aufgabe, den *möglichst vollständigen Beweis* der Schuld oder Unschuld des oder der Beklagten *in Verbindung mit allen auf die Beurteilung Einfluss ausübenden Umständen zu erstellen.*“

Aehnlich Schwyz § 120:

„Die Spezialuntersuchung hat die Aufgabe, sowohl den in der Voruntersuchung aufgenommenen Beweis des Tatbestandes allfällig noch zu vervollständigen, als auch die Beweise für die Schuld, sowie für die Verteidigung des Täters von Staatswegen auszumitteln, *so dass daraufhin ein Urteil ausgesprochen werden kann.*“

Einfacher Wallis Art. 127:

„L'enquête est faite par la commission d'instruction. *Elle consiste à recueillir les faits tant à charge tant qu'à décharge.*“

Die übrigen in diese Gruppe zählenden Kantone geben zwar keine besondere Definition der Untersuchung. Doch unterliegt deren inquisitorischer Charakter keinem Zweifel, indem:

- a. das erkennende Gericht keine Aktenergänzung vornehmen kann, sondern die Prozedur in die Untersuchung zurückweisen muss, sofern die Akten nicht „spruchreif“ sind (vgl. Uri J. R. § 16, Obwalden Art. 79, Nidwalden 57, 58, 96; vgl. damit Wallis 281 und Schwyz §§ 216, 231);
- b. infolgedessen das Spruchgericht vorerst über Aktenvollständigkeit und Spruchreife zu entscheiden hat, bevor es auf die Be-

handlung des Falles materiell eintritt. (Vgl. Obwalden Art. 78, Nidwalden § 65, Abs. 2, und so auch Schwyz §§ 214, 230⁹⁰⁾ Wallis Art. 281.)

Bezüglich Schaffhausen und Innerrhoden mangeln die näheren gesetzlichen Bestimmungen. Ein Uebergangsstadium von dem System der Beweiserbringung *ausschliesslich durch die Untersuchung* zum accusatorisch-reformirten Verfahren, dem System *doppelter* Beweiserbringung, charakterisirt in interessanter Weise Appenzell A. Rh. Während wir dort eine *obligatorische* Reproduktion der Hauptbeweismittel vor dem erkennenden Gerichte haben, besitzt Appenzell A. Rh. erst eine *fakultative*. Es steht nämlich den Parteien zu, Zeugen zur Hauptverhandlung zu laden, doch in der Regel nur solche, die bereits in der Untersuchung angemeldet waren (P. § 67). *Doch müssen diese Zeugen vom Gericht nicht unbedingt gehört werden* (§ 68):

„Der Präsident ist berechtigt, *nach seiner Anordnung* sowohl den oder die Angeeschuldigten als die übrigen vorgeladenen Personen über die wesentlichen Umstände des Verbrechens oder Vergehens einzuvernehmen. Ebenso ist es den Mitgliedern des Gerichtes gestattet, durch den Präsidenten von ihnen bezeichnete Fragen stellen zu lassen.“

Vgl. damit § 69, Abs. 5:

„Ein Zeuge, der bereits in der Hauptuntersuchung einvernommen wurde, *kann nicht verpflichtet werden*, über einen und denselben Punkt noch einmal Zeugnis abzulegen.“ (Vgl. auch § 70.)

Während also im Prinzipie noch daran festgehalten wird, dass nur die Untersuchung in massgebender Weise Beweis erbringt, ist doch wenigstens *die Möglichkeit* gewährt, dass auf *Begehren der Parteien* das Gericht sich selbst unmittelbar seine Rechtsüberzeugung bilden kann. Insofern letztere sich auf die Vernehmung des Angeeschuldigten allein basiren kann, ist das Gericht auch an den Antrag der Parteien nicht gebunden. Der Schritt, das erste, noch etwas unsichere Tasten nach dem System des Urtheilens auf unmittelbarer eigener

⁹⁰⁾ Sehr interessant ist die Bestimmung des § 230, aus der so recht klar hervorgeht, wie diese Aktenprüfung sich nur auf die *formelle* Prüfung der Beweise erstreckt.

„Das versammelte Gericht prüft vorerst die Vollständigkeit der Akten. Zur Spruchreife sind erforderlich:

- a) dass der Tatbestand des Verbrechens gesetzlich hergestellt und die Täterschaft ausgemittelt sei;
- b) bei Eigentumsverletzungen, dass der Wert der Sache und der Betrag des Schadens erhoben sei;
- c) dass erhebliche Widersprüche wenn möglich gelöst seien;
- d) dass die von dem Angeklagten oder seinem Verteidiger verlangte Beidigung von Zeugen durch das Verhöramt stattgefunden habe. Das Gericht kann auch bei der Aktenprüfung eine solche Zeugenbeidigung selbst beschliessen.“

Anschauung, ist im Gesetze unverkennbar; in der Praxis freilich ist die Zeugeneinvernahme so gut wie ausgeschlossen.

III. Den eigentlichen entschiedenen Uebergang zum Systeme accusatorischer Beweiserbringung machten indessen erst die Kantone der Mittelgruppe, die Kantone mit gemischt inquisitorisch-accusatorischem, sog. reformirtem Verfahren. (Vgl. § 12.) Das Fundamentalprinzip des Accusationsprozesses, das Urteilen des Gerichtes nur auf eigener Anschauung, hat in diesen Kantonen bereits soweit Anklang gefunden, dass *ordnungsgemäss* die *wichtigsten* Zeugen und sonstigen Beweismittel an die Schranken entboten werden, und dass damit *in der Hauptsache* das Gericht tatsächlich in den Stand gesetzt wird, auf Grund eigener unmittelbarer Anschauung seinen Spruch zu fällen. Damit wäre freilich die Untersuchung als das Stadium der Beweiserbringung hinfällig geworden; es hätte umgestaltet werden müssen im Sinne einer blossen Vorbereitung der Anklage und Hauptverhandlung. Dennoch ist sie in ihrer alten Form als beweiserbringendes Prozessstadium geblieben, sei es, dass man dem neuen Verfahren nicht recht traute, sei es, dass man sich von dem alten, lieb gewordenen und in gewissem Sinne auch erprobten Verfahren nicht recht trennen konnte, weil das Scheiden zu schwer war. Sei dem, wie es wolle; diese Doppelspurigkeit ist entschieden nicht das, wofür sie etwa ausgegeben wird, d. h. der goldene Mittelweg zwischen accusatorischer und inquisitorischer Beweiserbringung. Ein Hin- und Herlaviren zwischen beiden Systemen ist ein Ding praktischer Unmöglichkeit. Denn je nach den Neigungen der mit der Untersuchung betrauten Personen sehen wir in der Praxis entweder ein krampfhaftes Festhalten an dem inquisitorischen Prinzip, oder aber ein vollständiges Uebergehen zu dem Gedanken accusatorischer Untersuchung. Im ersten Fall ist das Schwergewicht des ganzen Verfahrens in der Untersuchung stecken geblieben, die Beweisreproduktion in der Hauptverhandlung ist blosser Formalität, im zweiten dagegen vermag die Untersuchung neben der Hauptverhandlung nur noch zu untergeordneter Bedeutung zu gelangen.

In den Gesetzen freilich begegnen wir diesem ausgesprochenen Zittersystem, dessen Kennzeichen sind: eine inquisitorische Untersuchung mit *voller* Beweiserbringung, dazu eine accusatorische Hauptverhandlung, die wiederum in ziemlicher Vollständigkeit Beweis erbringt, die Beweisreproduktion. Zu diesem Uebergangssystem bekennen sich die Kantone Luzern, St. Gallen, Graubünden, Glarus, Zug, Freiburg und Bern, und das haben wir nun näher zu beweisen. Wir werden dabei sofort die Beobachtung machen, dass auch in der Gesetzgebung sich die Tendenzen accusatorischer Gestaltung der Untersuchung manifestiren, die in der Praxis viel entschiedener zum Ausdruck kommen.

Die Untersuchung ist inquisitorisch; sie soll vollständig Beweis erbringen. Es spricht sich dies aus in der Definition ihres Zweckes. Expressis verbis sagt Bern in Art. 89:

„Die Voruntersuchung hat die Sammlung der Beweise des Vergehens, sowie der Schuld und Unschuld des Angeschuldigten nach den gesetzlichen Formen zum Gegenstande.“

Vgl. damit Glarus Art. 34:

„Die Voruntersuchung hat zum Zwecke, den objektiven Tatbestand des Vergehens oder Verbrechens genau festzustellen und alle Beweise zu sammeln, welche zur Ueberführung oder Entlastung des Schuldverdächtigen dienen können.“

Damit stimmen im wesentlichen überein: St. Gallen P. § 40, Freiburg 143, Graubünden 11; Luzern gibt keine Zweckbestimmung, aber P. § 173 redet von dem alten inquisitorischen Schlussverhör, in welchem die wesentlichen *Ergebnisse* der Untersuchung zusammengestellt werden.

Im Zweifel lässt P. § 12 von Zug:

„Der verhörämtliche Voruntersuch hat den Zweck, den objektiven Tatbestand einer strafbaren Handlung *genau* herzustellen und alle Beweismittel, welche zur Ueberführung oder Entlastung des Schuldverdächtigen führen können, *in der Vollständigkeit zu sammeln, dass betreffend Ueberweisung des Falles an das Strafgericht entschieden werden kann.*“

Es scheint damit ausdrücklich angeordnet zu sein, dass die Untersuchung sich auf die Vorbereitung *der Anklage* zu beschränken habe, indem die Hauptverhandlung allein vollen Beweis erbringe. Diese Hypothese wird aber sofort hinfällig, angesichts des § 63, Abs. 5:

„Findet das Gericht die für den Widerruf (des Geständnisses) angegebenen Gründe stichhaltig, so kann dasselbe die Verhandlung *behufs Vervollständigung der Voruntersuchung* sofort vertagen.“
(Und ähnlich § 71.)

Damit ist aber ohne weiteres erklärt, dass die Untersuchung die Beweise vollständig zu erbringen habe. Freilich kann nicht bestritten werden, dass Zug sich anschickt, ganz ins Lager der Kantone mit accusatorischer Beweiserbringung überzugehen.

Die Verhandlung vor dem erkennenden Gericht ist dagegen in der Hauptsache accusatorisch. Die Beweisverhandlung ist eine mehr oder weniger vollständige. So lange die Untersuchung vollen Beweis erbringt, *braucht* sie denselben nicht voll zu reproduzieren; wohl aber *kann* sie es. Von Einfluss auf den Umfang der Beweisreproduktion ist naturgemäss die Art und Zusammensetzung des Gerichtes; persönliche Liebhabereien der Gerichtspräsidenten spielen ebenfalls mit. Vollständige Reproduktion muss natürlich vor Schwurgericht erfolgen. Mit der Verschiedenartigkeit der erkennenden Gerichte hängen auch hauptsächlich die Unterschiede im Zwecke zusammen, den die vollständige Beweissammlung in der Untersuchung verfolgt. Sie kann erfolgen:

- a. Um regelmässig *neben* den mündlich vorgebrachten Beweisen als Urteilsgrundlage zu dienen, sei es, dass die Akten bei Beginn

oder während der Verhandlung in extenso verlesen werden, sei es, dass sie vor oder während der Verhandlung zur Einsicht der Richter aufliegen, oft auch beides zusammen. (Vgl. St. Gallen P. 138, 162, Graubünden 51, 52, 53, Glarus 93, 103, Luzern 182, Zug 63.)

- b. Nur zum Zwecke der Kontrolle der mündlichen Verhandlung in Bezug auf das von derselben Reproduzierte, sowie auch allfällig zur Ergänzung dessen, was dieselbe nicht vorbringt. (Vgl. Bern Art. 421, 434, vgl. 321, Freiburg Art. 270, 435.)

IV. Dass mit der Einführung einer accusatorischen, die Beweise vollständig und unmittelbar erbringenden Hauptverhandlung die Untersuchung als beweiserbringendes Stadium entbehrlich geworden ist, haben dagegen die Kantone Baselland, Baselstadt, Solothurn, Zürich, Aargau und Thurgau erkannt. Die Untersuchung soll daher nicht weiter ausgedehnt werden, als nötig ist, um die Anklage erheben zu können. Sehr schön sagt das älteste Strafprozessgesetz, das von Baselland in P. § 11:

„Ist die Untersuchung dermassen erschöpft, *dass eine möglichst vollständige Schlussverhandlung angesetzt werden kann*, so bestimmt der Gerichtspräsident den Tag der Sitzung. Zu diesem sollen die in der Untersuchung gesammelten und beziehungsweise von den Parteien beantragten Beweise und Gegenbeweise, als z. B. Zeugen und Sachverständige an die Schranken geboten und allfällige Urkunden zur Vorlegung gebracht werden.“

Nicht viel anders bestimmt unser jüngstes Gesetz, Tessin Art. 152:

„L'istruzione del processo ha per iscopo di sottoporre ad un *preventivo esame* l'accusa di reato contro una determinata persona in modo che si può pronunciare o la desistenza del processo o lo stato di accusa e assicurare la non interotta assunzione delle prove nel pubblico dibattimento.“

Damit stimmen überein Aargau P. 130, Solothurn 200, Baselstadt P. 30, Zürich 759; Thurgau enthält keine Bestimmungen.

Zwei Gesichtspunkte werden somit allgemein als massgebend für die Ziele der Untersuchung aufgestellt; in erster Linie der theoretisch massgebende: die Möglichkeit, Anklage erheben zu können; in zweiter Linie ein durch praktische Rücksichten gebotener: die Sorge für einen ununterbrochenen Fortgang der einmal begonnenen Hauptverhandlung.

Eine Sonderstellung nehmen wiederum die drei welschen Kantone Waadt, Neuenburg und Genf ein. Man weiss, wie sehr der französische Prozess, der angeblich die accusatorischen Prinzipien vertritt, in Tat und Wahrheit ein durchaus inquisitorischer ist. Gerade die Bestimmungen über die Untersuchung entbehren jedes accusatorischen Beigeschmacks. Trotzdem unsere welschen Kantone das französische (vorbildliche) Verfahren in teilweise musterhafter Weise umgestalteten, lassen sich doch in ihren Gesetzen vielfache Anklänge an den franzö-

sischen inquisitorischen Prozess nachweisen, obgleich diese Gesetze mit Fug und Recht zu den accusatorischen, und zwar zu den besten, gezählt werden müssen. Zu diesen Anklängen gehören die Unterstellung der Untersuchung unter gerichtliche Oberleitung, die inquisitorisch zu weite Ausdehnung der Untersuchung und das damit verbundene, weitgehende Inquisitionsrecht des Untersuchungsrichters, wie die demselben entsprechende Pflicht des Angeschuldigten zur Aussage.

So werden also die Ziele der Untersuchung zu weit gefasst; vgl. Genf Art. 57:

„L'information a pour but de recueillir les indices, de rassembler les preuves à charge et à décharge, et de faire toutes les recherches, qui peuvent conduire à la découverte de la vérité.“

V. Soweit ich in die Praxis verschiedener Kantone Einsicht zu nehmen Gelegenheit hatte, bekam ich den Eindruck, dass sich bezüglich des Umfanges der Untersuchung solche Unterschiede, wie sie nach der Gesetzgebung zu erwarten wären, nicht nachweisen lassen. Auch in Kantonen mit accusatorischer Beweiserbringung bieten die Untersuchungsakten ein so treues Bild der Tat, dass ein Urteil auf Grund derselben kaum auf Schwierigkeiten stossen würde, während anderseits die Akten in den Kantonen inquisitorischen Untersuchungsverfahrens überall da bedeutend kürzer und gedrängter geworden sind, wo eine Hauptverhandlung regelmässig sich anschliesst. Nur in den Kantonen mit blosser Entscheidung auf Grundlunge der Akten bieten letztere noch ein inquisitorisch weitschweifiges Bild.

VI. Uebereinstimmend sehen wir de lege lata als Zweck der Untersuchung die einseitige Sammlung entweder des blossen Belastungsmateriales, oder des gesamten Beweismateriales zu Gunsten und im Auftrage des Staates hingestellt. Demnach scheint die Untersuchung begrifflich charakterisirt werden zu müssen als das dem Hauptverfahren vorausgehende *Prozessstadium*, in welchem der Staat das gegen eine bestimmte Person vorliegende Belastungs- wie Entlastungsmaterial einer vorläufigen Prüfung unterwirft. Diese Prüfung ist präjudizirend für das Urteil bei inquisitorischer Untersuchung, sie ist es nicht bei accusatorischer. Ueberraschend ist das Fehlen eines jeglichen Hinweises auf den weitem unzweifelhaften Zweck der Untersuchung, auch dem Angeschuldigten und der Verteidigung Gelegenheit zu geben, sich über die drohende Gefahr Rechenschaft zu verschaffen und die geeigneten Schritte zur sofortigen oder erst späteren Verteidigung zu treffen. Freilich trifft dies nur für die accusatorische Untersuchung zu; denn die inquisitorische lässt die formelle Verteidigung erst nach Schluss der Untersuchung gewissermassen in einem Zwischenverfahren zu.⁹¹⁾ Für das accusatorische Verfahren ist aber der Begriff der Untersuchung entschieden dahin zu erweitern, dass

⁹¹⁾ Vgl. Mittermaier II, § 144.

sie ein der Hauptverhandlung vorausgehendes Stadium ist, in welchem einerseits *den Parteien* Gelegenheit gegeben ist, die öffentliche, mündliche und kontradiktorische Hauptuntersuchung vor dem erkennenden Gericht herbeizuführen, resp. deren Herbeiführung zu verhindern, und anderseits ihnen Zeit und die Möglichkeit gewährt wird, die Beweise und Gegenbeweise für die entscheidende Verhandlung vorzubereiten. Demnach ist die accusatorische Untersuchung durchaus nicht ein geheimes, zu Gunsten der Verurteilung geführtes Verfahren, sondern ein Sammeln und Sichten der Beweismittel gegen eine bestimmte Person, mit deren Wissen und Mitwirkung. Die accusatorische Untersuchung muss notwendig unter sog. Parteienöffentlichkeit geführt werden, und mit dieser haben wir uns im folgenden Paragraphen zu beschäftigen.

§ 30.

Oeffentlichkeit der Untersuchung.

I. Das alte germanische Verfahren war durchaus öffentlich. Vor dem öffentlichen „Ding“ hatte der Ankläger den Beweis zu führen, der Angeschuldigte sich von der Beschuldigung zu reinigen.⁹²⁾ Eine Untersuchung im heutigen Sinne gab es nicht; das Gericht war an der Beweisführung unbeteiligt und gab nur seinen Wahrspruch ab über die vorgebrachten Beweise, ähnlich einer Beweis-Jury.

Anders der Inquisitionsprozess! Das Gericht liess sich nicht mehr den Beweis erbringen, sondern es erbrachte ihn sich selbst. Der Kläger wurde beseitigt; denn das Gericht, das „unparteiische“, war Kläger, Verteidiger und Richter in einer Person. Es war ein Ueberschätzen der eigenen moralischen Kraft, auch als Verfolger objektiv zu sein, das sich der Gerichte bemächtigte, und sie pochen liess auf die eigene Infallibilität, auf die eigene Unparteilichkeit, das sie schliesslich selbst daran glauben liess. Ein wesentliches Fundament dieser Verirrung war das Vernarrtsein in ein äusserst feines, scharfsinniges, formelles Beweissystem, dessen Sätze formell nie versagen konnten. Selbstgerecht, haarscharf waren diese Beweissätze, wunderbar baute sich Satz auf Satz, und prächtig war es, das Gebäude formeller Beweise zusammenzufügen im konkreten Fall. Mochte es auch gelegentlich nicht so recht klappen, mussten auch hie und da die Axtschläge der Tortur nachhelfen, was verschlugs, schliesslich klappte es ja doch und aufatmend konnte man den kunstvoll gezimmerten Bau betrachten lassen. Gerade weil aber dieses Beweisen eine Kunst war, eine feine subtile Kunst, schwer zu erlernen und noch schwerer auszuüben, so durfte man sich nicht in die Werkstatt blicken lassen, das Gericht wurde zum „heimlichen Gericht“. Erst dann bekamen fremde Augen das Kunstwerk zu schauen, wenns

⁹²⁾ Brunner, R. G. II, S. 342 ff.

vollendet dastand, wenn aussen alles glatt und schön war und niemand mehr die lockeren Fundamente, die gewaltsam zusammengewürgten Balken sah.

Das alte öffentliche Verfahren erhielt sich aber in England. Dort haben wir — wenn wir vom Verfahren auf „summary conviction“ (Blackstone IV, n. 280—288) absehen und die Fälle direkter Einreichung der Anklagebill an die Grand Jury (Glaser, Anklage und Wahrspruch, S. 10) ausser Acht lassen — regelmässig einen Kläger, meist einen privaten, öfter auch einen staatlichen. Derselbe leitet die Verfolgung entweder durch ordentliche Ladung des Angeschuldigten vor Gericht, oder — und das bei allen wichtigeren Fällen — durch Auswirkung eines Haftbefehles (eines „warrant“) gegen den Delinquenten ein. Bei Ertappung desselben bei einem als „felony“ taxirten Verbrechen, oder wenn dieser durch den „clamor publicus“, das „hue and cry“, das nichts anderes als das altgermanische „Gerüfde“ ist, verfolgt wird, kann der Kläger auch zur Sistirung des Delinquenten ohne „warrant“ schreiten.⁹³⁾ In allen Fällen aber muss der Arretirte sofort vor den Friedensrichter gebracht werden.⁹⁴⁾ Vor diesem findet eine kurze Untersuchung statt, bei der der Kläger als Hauptzeuge funktionirt. *Diese Untersuchung ist öffentlich* und bezweckt vor allem, dem Verhafteten Gelegenheit zu geben, sich gegen die drohende Legung in Sicherheitsverhaft zu wehren. Kann er die Anschuldigung nicht glaubhaft zurückweisen, so erfolgt eben seine definitive Verhaftung, sofern er nicht Kautio für sein Erscheinen in den späteren Gerichtsverhandlungen leistet. Findet der „judge of peace“ den Fall noch nicht hinreichend abgeklärt, so kann er ihn auch vertagen. Nachher erfolgt die Anklageerhebung durch den Kläger mittelst Präsentation der „bill of indictment“ vor der „Grand Jury“, vorausgesetzt, dass diese nicht selbst bei Revision des „crown calendar“, d. h. der Liste der Gefangenen, den Fall an die Hand genommen hat, weil der Angeschuldigte schon zu lang im Sicherheitsverhaft ist.⁹⁵⁾ Die Sitzungen der Grand Jury allein sind nicht öffentlich. Uebrigens wäre die Oeffentlichkeit hier auch kaum von Bedeutung. Die Grand Jury ist nicht Gericht, sie erlässt keine Rechtssprüche, ihr Verdikt „true bill“ oder „not a true bill“ ist einfach eine Kundgabe von zwölf unbescholtenen Personen dafür, dass nach ihrer innersten *Ueberzeugung* der Angeschuldigte mit Recht unter Anklage gestellt werde, es ist einfach eine Billigung des gegen den Delinquenten eingeschlagenen Verfahrens durch das in diesen 12 „boni viri“ repräsentirte Volksgewissen. Ebensowenig ist auch die infolge eines durch den Angeschuldigten angetretenen Entlastungsbeweises⁹⁶⁾ erfolgte Verweigerung der Anklage-Genehmigung ein gerichtlicher Spruch, der

⁹³⁾ Blackstone IV, n. 289 ff.

⁹⁴⁾ Blackstone IV, n. 296.

⁹⁵⁾ Hawkins II, S. 181.

⁹⁶⁾ Glaser, Anklage und Wahrspruch, S. 18.

die Anklage aus der Welt schafft und den Entlastungsbeweis als geführt erklärt. *Das nachherige Verfahren ist wieder ganz öffentlich.*

II. Der Uebergang vom inquisitorischen zum gemischten Verfahren brachte auf dem Kontinent die Wiedermithin der Öffentlichkeit mit sich, wenn auch nur etappenweise. Öffentlich wurden allgemein die Hauptverhandlungen, denn es war dies eine politische Forderung. Zur Öffnung auch der Untersuchungssäle kam es aber nicht. Doch wurden allgemein Anläufe gemacht, die Parteien wenigstens an gewissen Untersuchungshandlungen teilnehmen zu lassen. Nur in Bezug auf letzteren Punkt brachte das moderne, wesentlich accusatorische Verfahren einen Fortschritt, indem es meist die volle Parteienöffentlichkeit durchsetzte. (Vgl. §§ 38 und 40.) Für die Öffentlichkeit der Untersuchung wurden überall Anstrengungen gemacht, ohne bis jetzt Erfolge zu erzielen.

Tatsächlich ist auch dieses Verlangen nach Öffentlichkeit der Untersuchung nur da vollauf begründet, wo letztere noch inquisitorischen Charakter hat. Der Schwerpunkt des Verfahrens liegt dort nicht in der Hauptverhandlung, sondern in der Hauptuntersuchung, und wenn daher das Volk auch dort mit eigenen Augen sehen will, so ist dies gerechtfertigt.

Für den Accusationsprozess versagt dieses Argument. Die Untersuchung ist hier nicht präjudizierend für das Urteil; die Feststellungen derselben sind nicht definitive, für das Urteil massgebende, sie haben für das erkennende Gericht nur die Bedeutung aussergerichtlicher amtlicher Zeugnisse. Freilich gibt es auch in der accusatorischen Untersuchung Massnahmen, die in die Privatrechtsphäre des Beschuldigten dauernd eingreifen, wie z. B. Zwang zur Sicherheitsleistung, sei es in Person oder durch Geld oder Bürgen. Mit andern Worten, es sind dies diejenigen Untersuchungsmassnahmen, von denen wir § 9, IV. und V. gesagt haben, dass sie korrekter Weise der Vorname durch ein, der Untersuchung und Verfolgung fernstehendes Organ bedürften, d. h. eines Richters. Gelange man dazu, den Grundsatz, dass alle Handlungen während der Untersuchung, die einen dauernden und definitiven Eingriff in die private Rechtsphäre bedeuten, nur von einem Richter, der der Untersuchung sonst ferne steht, vorgenommen werden dürfen, anzuerkennen, dann dürfte auch die Publizität dieser Handlungen keinen Schwierigkeiten begegnen.

Die Öffentlichkeit der Untersuchung wird zwar häufig noch aus dem Grunde verlangt, weil dadurch die Presse im stande sei, die Tatumstände der Verbrechen, wie die Indizien gegen bestimmte Personen zur allgemeinen Kenntnis zu bringen, so dass damit das Publikum in gewissem Sinne auf die Fährte des mutmasslichen Täters gesetzt werde. Man weist dabei hin auf die praktischen Erfolge, die damit in England und anderwärts erzielt wurden.⁹⁷⁾ Wir wollen im

⁹⁷⁾ Als Beleg dafür könnte auch der Fall Huber (Raubmord an Postkondukteur Angst) angeführt werden.

allgemeinen diese Erfolge nicht anzweifeln, nur dagegen glauben wir Stellung nehmen zu müssen, dass das System amerikanisch-englischer Breittretung der Untersuchungsergebnisse auch auf unsern Boden verpflanzt werde. Damit ist mehr dem Sensationsbedürfnis des Mob geschmeichelt, als der Justiz genützt; die Strafverfolgung würde auch gar zu sehr zur Lehr- und Bildungsanstalt für den Gewohnheitsverbrecher. Wir wenden uns nicht dagegen, dass die Presse in den Fällen, in welchen man von ihrer Publizierung belastender und verdächtiger Tatsachen Nutzen erwarten kann, mit nähern Details der begangenen Verbrechen bekannt gemacht werde, aber wir verlangen eine sorgfältige Auswahl derselben und nicht die unbedingte Oeffentlichkeit der Untersuchung. Also Prüfung von Fall zu Fall und eine gewisse Zensur durch den Untersuchungsbeamten.

In praxi wird der Untersuchungsbefund bereits der Presse mitgeteilt in einigen welschen Kantonen. So z. B. erinnere ich mich anlässlich eines Mordfalles in den Lausanner Blättern nicht nur alle Details der Augenscheinaufnahme, sondern selbst die ärztlichen Gutachten gelesen zu haben. Offen gestanden hat mich aber die Zola-artige Ausmalung der ganzen grausen Geschichte nicht gerade erbaut. Wie freilich die Blätter angesichts des § 251 des Code Pr. P. dieses Kantons zu diesen Details gelangt sind, ist mir nicht recht erfindlich. Auch Zürich beginnt in neuerer Zeit mit Herausgabe von Polizeibulletins, die aber um das zu knapp sind, was die welschen Pressemitteilungen zu ausführlich.

III. De legibus latis ist — um dies des Zusammenhanges halber anzuführen — die allgemeine Oeffentlichkeit des Strafverfahrens nur in Bezug auf die Hauptverhandlung anerkannt, natürlich unter den üblichen Vorbehalten wegen Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Sittlichkeit. — Selbst die Kantone mit inquisitorischer Schlussverhandlung lassen dieselbe meist öffentlich sein (vgl. Wallis Art. 273, Obwalden Art. 80, Schwyz § 236.⁹⁸⁾ Nidwalden dagegen lässt nur Angehörige des Angeklagten zu, und auch diese nur nach richterlichem Ermessen.⁹⁹⁾ Ganz ausgeschlossen dagegen ist die Oeffentlichkeit nur in Appenzell A. Rh.

Eine öffentliche Untersuchung besitzt allein Neuenburg (vgl. Art. 286), immerhin nur eine fakultativ öffentliche:

„*L'enquête se poursuit publiquement ou a huis clos, selon que le juge le trouve le plus convenable pour arriver à la manifestation de la vérité.*“

Alle übrigen Kantone lassen die Untersuchung geheim bleiben. Ebenso ist auch die *Anklageverhandlung vor dem Anklagegericht*, resp.

⁹⁸⁾ Auch Uri führte die Oeffentlichkeit schon ein mit dem Gesetze über die Oeffentlichkeit der Landrats- u. Gerichtsverhandlungen vom 4. Mai 1851.

⁹⁹⁾ „Verlangen Angehörige des Beklagten gleichfalls den Eintritt, so hat darüber das Gericht zu entscheiden“ (P. § 65).

die Untersuchungsprüfung vor dem Ober-Untersuchungsgericht *geheim*, einzig ausgenommen Genf Art. 180.

IV. Wesentlich anders verhält es sich mit der *Parteienöffentlichkeit*, die, wie oben erwähnt, bereits vom reformirten Verfahren zum Teil wieder eingeführt wurde. Ueber den Umfang der Parteienöffentlichkeit wird aber noch heiss hin- und hergestritten; freilich ganz unnötiger Weise. Für ein wirklich accusatorisches Verfahren ist meines Erachtens etwas anderes, als die volle Parteienöffentlichkeit, einfach nicht denkbar. Will ein Verfahren die Garantie der Unparteilichkeit nicht nur in der Toga oder der Perücke des Richters suchen, so muss es der Verteidigung offene Karten vorweisen. Das accusatorische Verfahren ist ein Parteiverfahren und will ein solches sein. Es kennt drei Prozesssubjekte, eines für die Anklage, eines für die Verteidigung, d. h. die Parteien, die Kämpfer, und über diesen den unbeteiligten, unparteiischen Richter, der auf ihre *petita* antwortet, den Kampf entscheidet. Die Untersuchung ist ein Vorbereitungsstadium und zwar für beide Parteien. Der Staat nimmt sich dabei allerdings speziell der klagenden Seite an, ganz einfach aus dem Grunde, weil das Führen der Anklage eine staatliche Funktion ist. Somit wird die Untersuchung ohnehin wesentlich zu Gunsten der Anklage geführt; sie will und kann daher nicht den Anspruch der Unparteilichkeit erheben. Der gewaltigen Praeponderanz der Interessen der Verfolgung, die in keiner Untersuchung zu umgehen ist, muss ein Gegengewicht entgegengesetzt werden. Dieses Gegengewicht ist aber einzig und allein zu finden in der absolut unmaskirten Fechtweise des Staates, d. h. in der Parteienöffentlichkeit einerseits und anderseits darin, dass man dem Angeschuldigten, der sich einem gewandten Fechter gegenüber sieht, einen tüchtigen Sekundanten zur Seite gibt, der ihn gegen die Ausfälle seines Gegners nach Kräften deckt, d. h. in der Zulassung der Verteidigung. Erst wenn wir den von zwei prozessualisch gleichberechtigten Parteien geführten Kampf vor einem unparteiischen Gerichte, unter Gewährung möglichst gleicher Bedingungen ausfechten lassen, erst dann können wir mit vollster Beruhigung sagen, dass der Schutz der individuellen Freiheit unsern Bürgern auch im Strafverfahren, so weit nur möglich, gewährleistet sei.

Bezüglich des *de lege lata* eingenommenen Standpunktes vergleiche Kapitel IV.

§ 31.

Voraussetzungen und Notwendigkeit der Untersuchung.

I. Wir müssen unterscheiden zwischen den Fällen, in denen ein Ermittlungsverfahren der Untersuchung vorausging, und den Fällen direkter Einleitung der Untersuchung. Für letztere gilt das über die Voraussetzungen des Ermittlungsverfahrens Gesagte in analoger Weise.

Ging aber ein Ermittlungsverfahren voraus, so gilt als Voraussetzung der Untersuchung die Stellung des Antrags, resp. die Klageerhebung seitens des über das Ermittlungsverfahren beschliessenden Organes. Normal ist dies die Staatsanwaltschaft, sie *muss* es bei richtiger Durchführung der accusatorischen Tendenzen sein.¹⁰⁰⁾ Tatsächlich trifft dies auch in den uns umgebenden Staaten zu.¹⁰¹⁾ Bei uns gelten indessen die in § 16 bezeichneten Ausnahmen, indem über das Ergebnis des Ermittlungsverfahrens entscheidet:

- a) in Bern und Freiburg der Beamte des Ermittlungsverfahrens, resp. in zweiter Linie der Untersuchungsrichter;
- b) in Wallis, Schwyz, Glarus und Zug das Untersuchungsgericht zweiter Instanz.

Es sind mithin nur Kantone mit inquisitorischem oder gemischtem Verfahren.

II. *Die Notwendigkeit der Untersuchung* ist nach französischem Muster im allgemeinen auf Verbrechen (crimes) beschränkt. Immerhin kann auch hier die Untersuchung durch das blosse Ermittlungsverfahren ersetzt werden (vgl. Luzern § 26 und Appenzell A. Rh. § 28). Doch ist anzunehmen, dass eben in diesen Fällen das Ermittlungsverfahren den Umfang und Charakter der Untersuchung angenommen hat.

Bei Vergehensfällen gilt die Untersuchung als Regel; sie kann aber:

- a) *ersetzt werden durch die polizeilichen Ermittlungen* (vgl. Tessin Art. 151, Genf Art. 32, Aargau E. G. § 7, Baselstadt E. G. § 25, Uri J. R. § 3, Appenzell A. Rh. § 28), vgl. ferner § 28 hievor;
- b) *ganz in Wegfall kommen* infolge direkter Zitation vor Gericht nach französischem Muster; so in Neuenburg bei délits flagrants (vgl. § 24) und ebenso in Genf (Art. 32).

Es kann auch auf den Art. 151 des C. P. P. von Tessin hingewiesen werden, welcher sagt:

„Nei reati di competenza distrettuale l'istruzione preliminare la luogo:

1. quando il procuratore pubblico ne faccia richiesta;
2. quando sia domandata dalla parte lesa a sensi dell' Art. 73 (Privatklage);
3. quando la Camera dei ricorsi la ordini in conformità dell' Art. 168“, d. h. wenn der Angeschuldigte sie nachsucht.

In der Regel wird die direkte Ueberweisung durch den Staatsanwalt, die als Normalfall angenommen wird, zwar erst erfolgen nach einem eigentlichen Ermittlungsverfahren, doch ist eine spontane

¹⁰⁰⁾ Vgl. Zachariae II, S. 67.

¹⁰¹⁾ Vgl. Dalloz, jurisprudence générale 1893, n. 511; Glaser, Hdb. II, S. 382 ff.

Ueberweisung in ganz einfachen und klaren Fällen nicht ausgeschlossen (vgl. Art. 173 *ibid.*). Als Voraussetzung gilt aber auch hier, wie in den andern Kantonen — ausgenommen die Prozedur bei délits flagrants in Neuenburg — die Zustimmung des Angeschuldigten, der mithin die Untersuchung verlangen kann.

Unstatthaft ist eine Hauptuntersuchung in Polizeistraffällen und in Uri bei „Amtsklage“. (Vgl. jedoch Art. 9 des Gesetzes betreffend die amtliche Klage vom 6. Mai 1894.)

§ 32.

Wirkung der Einleitung der Untersuchung.

I. *Bei gerichtlicher Untersuchung.* Ist die Untersuchung eine gerichtliche, so bewirkt die Einleitung der Untersuchung einen ganz fundamentalen Umschlag in der Stellung der beteiligten Personen. Die Einleitung der Untersuchung ist gewissermassen *litis contestatio*, sie bewirkt das Tätigwerden der Rechtsprechung in diesem Falle. Der Verfolger verliert damit die Verfügung über denselben, ein Rücktritt von der Verfolgung ist nicht mehr möglich. Nur richterliche Verfügung allein kann die Prozedur noch zum Stillstand bringen. Wir haben dieses Verhältnis in den Kantonen St. Gallen, Freiburg, Luzern, Zug, Glarus, Wallis, Schwyz, Freiburg, Bern (Kriminalfälle) und sogar in den Kantonen accusatorischer Tendenzen, Solothurn, Waadt, Neuenburg und Genf.

Es ist mithin der Untersuchungsrichter (*commission d'instruction* in Wallis) in prozessleitende Stellung gelangt, damit ist er auch trotz seiner vorgeblichen richterlichen Unparteilichkeit Träger der Strafverfolgung geworden und deshalb ist er nach französischer Anschauung Beamter der gerichtlichen Polizei. Er handelt aber unumschränkt und durchaus selbständig, ordnet alles an, was ihm zur Aufklärung der Tat und Ermittlung nebst Ueberführung des Täters geeignet erscheint. Darin liegt gerade das inquisitorische Moment dieser Untersuchung.¹⁰²⁾ Er richtet an die gerichtliche Polizei, ja unter Umständen an die Staatsanwaltschaft selbst, Requisitionen. In seiner Hand laufen alle Fäden zusammen, er dirigirt, vernimmt, befiehlt, beaufsichtigt.

Eine Beschränkung seiner Befugnisse findet der Untersuchungsrichter aber doch, nämlich in der Reduzirung des geheimen Charakters der Untersuchung, durch die mehr oder weniger grosse Beteiligung der Parteien an derselben.

Wohl ist der Richter an die Anträge der Parteien nicht gebunden, dafür aber verpflichtet, sie zu prüfen, und er darf sie nur, wenn er dieselben für unerheblich oder unzulässig erachtet, mit motivirtem Entscheide abweisen. Dieser Entscheid ist gleichsam ein Inzidenturteil und unter-

¹⁰²⁾ Vgl. Zachariae II, p. 68.

liegt daher der Weiterziehung an den Obergerichter. So findet auf indirektem Wege der Richter eine wirksame Beschränkung seiner Allmacht in der Mitwirkung der Parteien.

II. Die Staatsanwaltschaft tritt dagegen ganz aus der prozessleitenden Stellung zurück, ohne aber die Beteiligung am Verfahren vollständig aufzugeben. Die letztere lässt sich nach zwei Hauptgesichtspunkten auffassen:

1. Sie ist das Unterstützungsorgan des Untersuchungsrichters, indem sie ihm alle Mittel und Wege zeigt, die zur Erleichterung seiner Aufgabe dienlich sind. Sie ist der natürliche Verbündete des Untersuchungsrichters, verbündet durch die Gemeinschaft der Interessen.
2. Sie ist aber auch für ihre eigenen Sonderinteressen tätig, dies um so mehr, je mehr die Hauptverhandlung accusatorisch wird und die Staatsanwaltschaft um so vollständiger und ausschliesslicher den Beweis in derselben zu erbringen hat. Zu diesem Zwecke erlangt sie eine immer weiter gehende Aufsichtsbefugnis, die namentlich dem französischen *ministère public* in hohem Masse eigen ist.

Die Mittel zur Erfüllung dieser Aufgaben sind:

- a) Das Recht zur Einsicht der Akten und Stellung von Anträgen (vgl. St. Gallen P. 19, Wallis 21, Glarus 19, Zug 12, Luzern 50, Schwyz 64 c., Solothurn 113, Freiburg 37, Bern 85, Neuenburg 155, Waadt 169, modif. par la loi du 21 novembre 1874, Genf 43, 64 etc.) Vgl. § 17, B.
- b) Das Recht, allen Untersuchungshandlungen beizuwohnen, bei denen sie ihre Gegenwart für notwendig oder nützlich hält, (vgl. die obigen Zitate). Beschränkt ist dieses Recht nur im Kanton Waadt, wo der Staatsanwalt in der Regel den Zeugen einvernehmen, wie dem Verhör des Angeschuldigten, nicht beiwohnen soll. Wenn er es dennoch für nötig hält, muss er auch den Verteidiger zulassen.¹⁰³⁾ Letzteres ist eine sehr schöne Durchführung des accusatorischen Gedankens der Gleichberechtigung der Parteien.

Ueber die Machtlosigkeit des Staatsanwaltes zu direkter Einwirkung auf die eingeleitete Untersuchung vgl. §§ 10 und 17.

¹⁰³⁾ Art. 169, modifié par la loi du 21 novembre 1874: „Dans l'instruction du procès le ministère public a le droit, en tout état de cause, de prendre connaissance de l'enquête et de faire toutes les requisitions qu'il juge nécessaires.“

„Il peut de même assister aux opérations de l'enquête, à l'exception de l'audition du prévenu et des témoins.“

Dans le cas où le ministère public estime sa présence nécessaire à l'audition du prévenu et des témoins, le juge informateur en préviendra le défenseur, qui pourra également assister à ces opérations.“

III. *Bei nicht gerichtlicher Untersuchung.* Wir stehen in diesem Falle vor sehr geringfügigen Aenderungen. Nach wie vor behält das Strafverfolgungsorgan die oberste Verfügungsgewalt. Der Beginn der Untersuchung bedeutet nicht den Beginn einer neuen Phase, denn für den Accusationsprozess ist die Trennung von Vor- und Hauptuntersuchung einfach eine unnatürliche, da die Zwecke beider identisch sind. Auch der Untersuchungsrichter ist ein Organ der Strafverfolgung. Die letzte Entscheidung steht nach wie vor beim Chef derselben. Die Einleitung der Untersuchung bedeutet nicht *litis contestatio*. Ueber die näheren Einzelheiten der staatsanwaltlichen Rechte in diesem Verfahren siehe § 10, III. und § 17, I. A.; über die Besonderheiten der Untersuchung im Falle der Rechtshülfeleistung durch den Untersuchungsrichter siehe § 10, III. b.

Anders ist die Wirkung der Einleitung der Hauptuntersuchung für die Kantone, deren Untersuchung inquisitorischen Charakter trägt, aber unter Aufsicht nicht gerichtlicher Organe steht (vgl. § 10 III. a). Die eigentümliche und einfach widersinnige Anomalie zieht hier merkwürdige Konsequenzen. Einerseits ist die Untersuchung inquisitorisch, geheim, und erbringt allein Beweis. De facto bedeutet die Ueberweisung des Angeschuldigten zur Spezialuntersuchung die Versetzung in Anklagezustand; sie ist *litis contestatio*. Andererseits aber liegt die Oberleitung der Untersuchung nach wie vor in den Händen des Strafverfolgungsorganes. Dasselbe behält seinen Einfluss bei und dürfte auch, wie es in praxi wohl auch vorkommt, das Verfahren von sich aus sistiren. Somit ist die Verwaltungsbehörde im stande, nach erfolgter *Litiscontestatio* ein Strafverfahren *brevi manu* zum Stillstand zu bringen! Also Kabinetsjustiz in aller Form!

* * *

Es wäre hier der Platz, nun die einzelnen Untersuchungshandlungen zu erörtern; teils wegen des mangelnden Raumes, teils wegen des mangelnden Interesses lassen wir dieselben indessen bei Seite, und begnügen uns, im folgenden Kapitel der Stellung des Angeschuldigten in der Untersuchung, der bedeutsamsten Frage der Untersuchung, näher zu treten.

IV. Kapitel.

Die Stellung des Angeschuldigten in der Untersuchung.

Einleitung.

Die Stellung des Angeschuldigten in der Untersuchung ist das bedeutsamste und viel umstrittenste Moment der ganzen Strafverfolungslehre. Alle die tiefgreifenden Unterschiede zwischen accusatorischem und inquisitorischem Verfahren wurzeln schliesslich allein in der dem Angeschuldigten eingeräumten Stellung. Aus einem freien Mann, der unter freiem Himmel seinem Ankläger gegenübertrat, ihm mit gleichen Waffen, oft ja im buchstäblichen Sinne, gegenüberstand, der frei sich verteidigte, wurde ein willenloses Werkzeug des Gerichtes, ein Sklave, aus dem man mit Gewalt und List, mit allen Mitteln der Verführung, das Bekenntnis seiner Schuld herauszupressen und zu locken suchte, da das Gericht in seinem formellen Beweistaumel nicht mehr nach der einfachen, schlichten Rechtsüberzeugung zu richten im stande war. Nur in England blieb der Angeklagte auch vor Gericht noch der freie Bürger. Dann kam die Revolution, und nicht am mindesten wurde die gewaltige Erregung genährt durch den Zorn des Bürgers über die masslose Missachtung der bürgerlichen Freiheit. „Schutz des Angeschuldigten vor Willkür“, stand auf ihrer Fahne, und mit der Revolution fand dieser Ruf seinen Einzug überall auf dem Kontinent. Damit ist die Frage der Stellung des Angeschuldigten im Strafverfahren eine politische geworden und bis heute noch geblieben. Die Grundsätze derselben wurden selbst den Staatsgrundgesetzen einverleibt. Und heute? Noch ist die Entwicklung nicht abgeschlossen, noch stehen wir mitten drinn in den brennenden Fragen der Gewährung unentgeltlicher Verteidigung, der Entschädigung unverschuldet Verhafteter, und wenn aus der Rechtsvereinheitlichungsbewegung, die mit der Botschaft des Bundesrates vom 28. November 1896 in ein akutes Stadium getreten ist, auch ein einheitliches Strafverfahren geboren werden sollte, so wird dasselbe siegen oder fallen durch die Ordnung der Stellung des Angeschuldigten, vielleicht in Verbindung mit der Frage des Schwurgerichtes.

Die Stellung des Angeschuldigten charakterisirt sich in den ihm verliehenen Rechten und auferlegten Pflichten. Der Inquisitionsprozess kannte nur Pflichten, und wir wollen daher diese in der Behandlung vorausnehmen.

Als Pflichten des Angeschuldigten sind zu erwähnen: die Pflicht vor Gericht zu erscheinen, die Pflicht zur Aussage. Daran dürfte

sich die Pflicht zur Duldung von Haussuchungen, Durchsuchungen, Augenscheinen, schliessen, welche wir indessen nicht näher behandeln wollen.

Als *Rechte des Angeschuldigten* dagegen müssen wir bezeichnen: den Anspruch auf rechtliches Gehör, Recht auf Verbeiständung, Anspruch auf Ersatz des durch ungerechte Verhaftung erwachsenen Schadens.

I. Pflichten des Angeschuldigten.

§ 33.

Pflicht vor Gericht zu erscheinen und Zwang zur Sicherheitsleistung insbesondere.

I. Jeder Bürger hat die staatsrechtliche Pflicht, auf Aufforderung hin vor Gericht, wie vor jeder staatlichen Autorität, zu erscheinen. In erhöhtem Masse gilt das von dem angeschuldigten Bürger. Die Möglichkeit, dass derselbe wegen eines Deliktes zu längerer Freiheitsstrafe verurteilt werden kann, wirft ihren Schatten voraus und bewirkt notwendig eine gewisse Unfreiheit desselben, eine Beschränkung in der freien Verfügung über seine Person. Er muss bereit sein, zu jeder Zeit vor Gericht zu erscheinen, Auskunft zu erteilen, sich zu verantworten.

Mehr kann aber vorderhand vom Angeschuldigten nicht verlangt werden. Noch ist ein Strafanspruch gegen ihn nicht festgestellt, und falsch ist es, wenn man seine vorschnelle Verhaftung damit zu beschönigen sucht, dass er so seine zu gewärtigende Strafe, dem Urteil vorgehend, gewissermassen bereits absitze.

Dagegen folgt aus der Präsentationspflicht allerdings eine Pflicht des Angeschuldigten, alles zu unterlassen, was als Versuch, sich dieser Pflicht zu entziehen, aufgefasst werden könnte, und ebenso folgt daraus eine Verpflichtung zur Duldung aller notwendigen Sicherheitsmassregeln, die der Staat zwecks Erzwingung dieser Pflicht für notwendig hält. Der Angeschuldigte muss es dulden, dass er nötigenfalls mit Gewalt vor Gericht gestellt wird (Realzitation), oder dass der Staat ein für allemal sein promptes Erscheinen vor Gericht sicher stellt, indem er ihn zwingt, für dieses pünktliche Erscheinen Garantie zu leisten. Die übliche und durch den Inquisitionsprozess in übermässigem Umfange verlangte Art der Sicherheitsleistung ist die körperliche; darüber siehe § 35.

II. Die Verhaftung des Angeschuldigten aber soll und darf nicht die einzige Art der Sicherheitsleistung sein. Sie kann es nicht, weil Zweck derselben prinzipiell ist, den Richter resp. die Untersuchungsbehörde zu beruhigen über den Erfolg der Untersuchung,

der mitbedingt ist dadurch, dass der Angeschuldigte auf alle Vorladungen und ebenso zum Antritt der Strafe jeweils sich bedingungslos stellt. Durch nichts anderes lässt sich der Sicherheitsverhaft motiviren. *Daraus resultirt aber, dass alle Mittel, die geeignet sind, Garantie für das Erscheinen des Angeschuldigten zu geben, angewendet werden müssen, bevor zum äussersten und radikalsten Mittel, der Verhaftung, geschritten wird.*¹⁰⁴⁾

Je schwieriger diese Garantie zu leisten, d. h. die Ueberzeugung des Richters von der Zuverlässigkeit des Mittels zu erwecken ist, um so grösser wird auch die angebotene Sicherheit sein müssen. Die Ueberzeugung ist eine subjektive und somit ist die zu leistende Garantie nicht objektiv und nicht in allgemeiner Form bestimmbar. Für die Grösse der Sicherheitsleistung gibt es keine Tarife, sondern nur das subjektive Ermessen desjenigen, der sie verlangt (nicht anerkannt von Bern 171, Waadt 88, dagegen von L. 3, Dig. 48, 3).

III. Als Sicherheit ist grundsätzlich jede Art anzuerkennen, die geeignet ist, den Fluchtverdacht zu beseitigen. Namentlich fallen in Betracht:

a. *Moralische Sicherung*, wie Charakter, bürgerliche Stellung des Angeschuldigten, ebenso, dass er ortsansässig, Grundbesitzer, Familienvater ist. Alle diese Umstände, die den Fluchtverdacht zu mindern im stande sind, sollen zwar einerseits ex officio geprüft werden, anderseits muss aber auch dem Angeschuldigten Gelegenheit gegeben werden, dieselben zur Geltung zu bringen und durch persönliche Vorstellungen, durch den Nachweis, dass ihm die Flucht grossen pekuniären Nachteil bringe, zu bestärken. Das meint offenbar Waadt, wenn in P. Art. 66 gesagt wird:

„Le prévenu demeure provisoirement en liberté, à moins que prenant en consideration la nature du délit, le juge estime:

1^o Qu'il en résulte des inconvenients pour l'instruction du procès;

2^o Que la fuite du prévenu est à présumer;

3^o Qu'il est à craindre que le prévenu abuse de sa liberté pendant l'information;

4^o Que la liberté du prévenu est à nature à produire un fâcheux effet sur l'opinion publique.

Le juge peut d'ailleurs, *si les garanties personnelles du prévenu ne lui paraissent pas suffisantes*, exiger un cautionnement, conformément aux art. 85 et suivants.“ (Aehnlich Neuenburg Art. 72.)

b. *Finanzielle Sicherheit*, Leistung von Bürgschaft oder Hinterlage. (Vgl. § 37.)

c. *Persönliche Sicherheitsleistung*. (Vgl. §§ 35 ff.)

Als Norm muss aufgestellt werden, dass der Richter sich so lange mit dem leichtesten Grade der Sicherheitsleistung zu begnügen hat, als derselbe genügende Gewähr bietet, und erst successive zum

¹⁰⁴⁾ Anderer Meinung ist Dr. Melliger: „Die Entlassung aus der Untersuchungshaft gegen Kaution“, Zeitschr. f. Schweiz. Strafr. IX, S. 175 ff.

vollkommensten, aber auch bedenklichsten Mittel schreite. Eine Verhaftung ist dann ein Unrecht, wenn andere Mittel genügt hätten, die Stellung des Angeschuldigten zu erzwingen.

IV. Eine *indirekte* Anerkennung dieser Grundsätze findet sich in der Tat in der Gesetzgebung verschiedener Kantone. Es reden nämlich Thurgau B. V. 22, Abs. 3, Schwyz 186, Graubünden 24, Abs. 2, Freiburg 209, von der *Eingrenzung* des Angeschuldigten, sei es in die Gemeinde oder den Bezirk, sei es in seine Wohnung. Die näheren Bestimmungen darüber verdienen wohl hier wörtlich aufgeführt zu werden.

Graubünden § 24: „In Fällen, wo die Belassung oder Stellung des Angeschuldigten auf freien Fuss für den Gang der Untersuchung nicht hinderlich sein kann, wohl aber die Haft für den Verdächtigen oder dessen Familie mit wesentlichem Nachteil verbunden ist, steht es dem Ausschuss des Gerichtes frei“

„Ebenso hat der Ausschuss zu bestimmen, ob je nach Umständen gegen den Verdächtigen eine *Privathaft oder Eingrenzung in dessen Wohnung, Gemeinde oder Kreis* zu verhängen sei.“

Thurgau B. V. 22, Abs. 3: „Für die Sicherstellung des Strafzweckes kann auch die Beschlagnahme der Heimatschriften des Angeklagten, sowie die *polizeiliche Eingrenzung desselben in die Gemeinde seines Wohnortes* angewendet werden.“

Schwyz 186: „Auf Verlangen und auf Kosten des Angeschuldigten kann unter Umständen die *Bewachung desselben in seiner Wohnung* angeordnet werden, wenn der Zweck des Verhaftes dadurch ebenfalls mit Sicherheit zu erreichen ist.“

Freiburg 209: „*Politischen Gefangenen* kann von denselben Behörden gestattet werden, die *Untersuchungshaft in ihrer Wohnung* auszustehen.“

In wie weit von diesen Bestimmungen in der Praxis Anwendung gemacht wird, ist mir nicht bekannt. Jedenfalls ist der ihnen zu Grunde liegende Gedanke möglicher Schonung des Angeschuldigten und seiner Familie ein durchaus aner kennenswerter.

Hier mag auch noch darauf hingewiesen werden, dass der Angeschuldigte in einzelnen Kantonen die Belassung auf freiem Fusse erzwingen kann, indem er flieht und nur gegen die *Zusicherung des sog. freien Geleites* sich vor dem Richter stellt (vgl. z. B. Freiburg, Art. 214—217, Schwyz 333—335, Baselland, Kriminalgesetzbuch 286—288). Es liegt auch darin eine, freilich unfreiwillige, Anerkennung der oben ausgeführten Grundsätze.

V. Ziehen wir das Fazit dieser Untersuchungen, so gelangen wir zu dem von der alten und der englischen Jurisprudenz vertretenen Grundsatz: *Nur der Richter allein ist befugt und befähigt zu entscheiden, ob und welche Art Sicherheitsleistung anzuwenden sei.*

Ich verwerfe damit jede gesetzliche Vorschrift, welche den Richter zwingt, entweder überhaupt von einer Sicherheitsleistung zu abstrahieren, oder eine solche überhaupt, oder eine spezielle Art derselben, anzuwenden. Es ist mir nicht möglich, die von Melliger dagegen erhobenen Bedenken zu teilen; im Gegenteil, glaube ich die von ihm signalisierte verhältnismässig seltene Anwendung der Kautions (s. a. a. O. S. 183) gerade darauf zurückführen zu müssen, dass die Zulassung derselben dem Richter anheimgestellt ist. *Dieser trägt ja die volle Verantwortung* und übernimmt das Risiko, wie die Erfahrung zeigt, nur selten. Dadurch, dass ihm die Entscheidung anheimgegeben ist, gewinnen wir die sichere Garantie dafür, dass die Erleichterung der Stellung des Angeschuldigten nur eintritt, wo sie im Interesse der Billigkeit als gerechtfertigt und für den Erfolg des Strafverfahrens unbedenklich erscheint. Wenn von Melliger der Abschaffung der Haftentlassung auf Kautionsstellung hin das Wort geredet wird, so schießt er damit meines Erachtens ebenso über das Ziel hinaus, wie, auf dem entgegengesetzten Standpunkt, die Verfassung von Genf (Art. 10, Abs. 3), die den Richter zur Annahme von Kautions zwingt. *Kein Delikt ist so geringfügig, dass die Verhaftung als unnötig, aber keines so schwer, dass sie absolut als nötig erscheint.*

II. Der Verhaft insbesondere.

§ 34.

A. Der Kollusionsverhaft.

I. Die Verhaftung einer Person kann erfolgen als blosse *sicherheitspolizeiliche Massregel*, sei es um den Verhafteten gegen ihm drohende Gefahren zu schützen, sei es um ihn an der Gefährdung der öffentlichen Sicherheit zu hindern, sei es endlich um sich seiner Person vorläufig zu versichern in den Fällen, wo ein polizeilicher Verdacht gegen ihn aufgestiegen ist und die Polizei denselben zu einem gerichtlichen zu machen sucht. In allen diesen Fällen kann es sich nur um ganz provisorische, höchstens zweitägige Freiheitsentziehung handeln.

Die Verhaftung kann aber auch als *strafprozessuale Massregel* zwecks Sicherung strafprozessualer Interessen erfolgt sein. Nur diesen strafprozessualen Haft haben wir hier zu berücksichtigen.

Letzterer kann zwecks Sicherung des Erscheinens des Angeschuldigten vor Gericht und des Antretens der allfällig zuerkannten Freiheitsstrafe, also als *Sicherheitsverhaft*, angeordnet werden. Dies ist der Hauptfall der strafprozessualen Freiheitsentziehung vor ergangenem Urteil.

II. Dem Inquisitionsprozess blieb es vorbehalten, einen neuen strafprozessualen Haftgrund ausfindig zu machen, den sog. *Kollusions-*

verdacht, d. h. die Besorgnis, der auf freiem Fusse befindliche Angeschuldigte werde seine Freiheit missbrauchen, um die Untersuchung zu erschweren. Dagegen fand er auch schnell ein allmächtiges Remedium, eben die Einsperrung, den *Kollusionsverhaft*. Dieser Verhaftungsgrund konnte bequem bei jedem Verbrechen geltend gemacht werden, war ja doch das ganze inquisitorische Untersuchungsverfahren ein „*noli me tangere*“, und namentlich allfälligen unangenehmen Bemühungen des Angeschuldigten, seine Verteidigungsmittel zu sammeln, konnte damit vortrefflich entgegengewirkt werden. Tatsächlich genügte allmählig blosser Verdacht, die Möglichkeit, dass der Angeschuldigte die Untersuchung stören oder belästigen könnte, um denselben in Kollusionsverhaft zu setzen.¹⁰⁵⁾ Dagegen hat das englische Recht niemals etwas von einem Kollusionsverhaft wissen wollen. Weil nicht der Richter die Gegenpartei des Angeschuldigten ist, wie es der inquisitorische Untersuchungsrichter als alleiniger Träger des staatlichen Verfolgungsrechtes notwendig sein muss, sieht der Engländer in der Kollusion nur einen Akt der Verteidigung, „im Hieb liegt die beste Parade“.

Trotz aller Anlehnung an die accusatorischen Gedanken des englischen Verfahrens, ist auf dem Kontinent der Kollusionsverhaft fast nirgends beseitigt. *In der Tat ist das auch so lange nicht angänglich, als unsere Voruntersuchung noch ganz von den inquisitorischen Gedanken beherrscht wird*, wie das jetzt noch fast allgemein auf dem Kontinent der Fall ist.

Man hat sich damit begnügt, die Fälle, in denen der Kollusionsverhaft zulässig ist, gesetzlich genau zu normieren. Doch ist nicht einmal letzteres in unsern schweizerischen Prozessordnungen überall geschehen. Ein grosser Teil anerkennt heute noch die blosser Befürchtung der Kollusion als Haftgrund; so z. B. Schwyz § 187:

„Die Verhaftung eines Angeschuldigten findet statt, wenn
..... 2. Entweichung oder Unterredung mit Mitschuldigen oder Vernichtung der Spuren des Verbrechens oder überhaupt Verdunkelung der Wahrheit und Erschwerung der Untersuchung zu befürchten ist.“

Vgl. Nidwalden § 14, d; Thurgau B. V. 19, a; Zug § 13, c; Glarus § 38, c; Obwalden Art. 20, Ziff. 3, wobei indessen meist gesagt wird, dass sich die Kollusion mit „gutem Grund“ befürchten lassen müsse. Hiezu vergleiche auch Neuenburg Art. 72, Ziff. 3; Waadt Art. 69, Ziff. 3; Bern verlangt in Art. 144 die Wahrscheinlichkeit der Kollusion; St. Gallen U. V. 32, Abs. 3 redet von der „Verhütung von Kollusionen“.

Einige Kantone, wie Graubünden, Appenzell A. Rh., Freiburg, Aargau, Genf und Tessin, erwähnen den Kollusionsverhaft nicht, offenbar desshalb, weil sie die Verhaftung schlechthin als Regel ansehen.

¹⁰⁵⁾ Vgl. bes. Nöllner, Archiv d. Krim. R. 1839, p. 458 ff., p. 525 ff., 1840 p. 269 ff.

Höchstens für den letztern Kanton dürfte die Folgerung gezogen werden, dass der Kollusionsverdacht als Haftgrund ausgeschlossen sei, während der genferischen „mise au secret“ unzweifelhaft das Motiv der Kollusionsverunmöglichung zu Grunde liegt.

Dagegen findet sich vielfach die Bestimmung, dass der wegen Kollusionsverdacht verhängte Verhaft aufzuheben sei, sobald die Kollusionsgefahr beseitigt sei. Zürich schwingt sich in § 787 wenigstens zur Ermahnung auf, den Kollusionsverhaft möglichst sparsam anzuwenden.

Es braucht wohl nicht ausführlich nachgewiesen zu werden, dass die Verhaftung wegen Kollusion sich nicht verträgt mit den Grundsätzen accusatorischen Verfahrens.¹⁰⁶⁾ Sobald die Untersuchung wirklich nur accusatorischen Zwecken dient, so kann von einer gewalt-samen Hinderung der Verteidigung in ihren Rechten keine Rede sein. Gegen tatsächlich erfolgte Kollusion lässt sich auf Grund der Bestimmungen über Anstiftung zu Meineid etc. noch genügend vorgehen.

Jedenfalls ist es einfach ein Unding, aus blosser Furcht vor Kollusion Leute wochenlang in Haft zu setzen; erst konkrete Kollusionshandlungen geben dazu das Recht. Einzig Solothurn und Baselstadt haben dies anerkannt; § 134 von Solothurn dürfte de lege ferenda als Muster gelten, wenn er sagt:

„Der Angeschuldigte darf nur dann in Untersuchungshaft genommen werden, wenn..... oder *Tatsachen vorliegen*, aus denen zu schliessen ist, dass er Spuren der Tat vernichten, oder dass er Zeugen oder Mitschuldige zu einer falschen Aussage, oder Zeugen dazu verleiten werde, sich der Zeugnispflicht zu entziehen. *Diese Tatsachen sind aktenkundig zu machen.*“ (Vgl. Baselstadt E. G. 11.)

Erwähnt werden mag noch zum Schluss, dass die Konsequenz der Kollusionsbefürchtung die ist, dass der wegen ihr verhängte Verhaft *nicht durch Kautionsleistung abgewendet* oder aufgehoben werden kann, was auch richtig in den Gesetzen anerkannt ist.

§ 35.

B. Der Sicherheitsverhaft.

I. Der Sicherheitsverhaft war etwas dem alten römischen, wie dem alten germanischen Rechte durchaus Fremdes. Erst das neuere römische Recht brachte denselben auf, immerhin aber mit der Einschränkung, dass der Angeschuldigte durch Kautionsstellung der Haft entgehen konnte. Dabei wurde aber als leichtere Form der Sicherheitsleistung die custodia militaris angewendet (L. 1, Dig. 48, 3). Im späteren germanischen Recht wurde dagegen die Verhaftung allmählig

¹⁰⁶⁾ Vgl. Zachariae II, S. 137.

zulässig mit der Ausdehnung des Verfahrens auf Grund der Ergreifung auf handhafter Tat. Diese Haft dauerte bis zum Zusammen treten des Gerichtes (vgl. Sachsenspiegel II, 15; Schwabenspiegel a. 115; Richtsteig 30, 31).

Die Entwicklung ging dann später im germanischen Recht in der Weise vor sich, dass eine Sistirung des Angeschuldigten auf Verlangen und Gefahr des Klägers zugelassen wurde. Es sah sich daher die C. C. C. veranlasst, den Angeschuldigten gegenüber unbegründeter Klage in der Weise zu schützen, dass nicht nur der Angeklagte, sondern auch der Kläger in Haft genommen wurde.¹⁰⁷⁾ Auch spätere Gesetze stellten noch dieselben Schutz-Bestimmungen auf¹⁰⁸⁾, wenn auch allerdings mit dem Hintergedanken, damit dem Untersuchungsverfahren Vorschub zu leisten. Schliesslich überwucherte aber der Inquisitionsprozes ganz, und mit ihm die schrankenlose Anwendung der sogen. Untersuchungshaft, und dies selbst noch über den von Clarus (vgl. § 37), und ebenso von Carpzov¹⁰⁹⁾ gezogenen Rahmen der mit „poena corporalis“ bedrohten Vergehen, der doch ohnehin schon gross genug war, hinaus.¹¹⁰⁾ Ueber die Gestaltung in England und die nach englischem Muster auf dem Kontinent eingetretene Wandlung in der Auffassung der Untersuchungshaft vgl. § 37.

II. Die Einbürgerung der accusatorischen Gedanken über den Zweck und die Anwendbarkeit der Haft in der Untersuchung war in unsern Kantonen eine sehr langsame und schrittweise. Daher kommt es, dass wir beim Untersuchen unserer diesbezüglichen Gesetzgebung eine Gruppierung der Kantone nicht sowohl in Bezug auf die mehr oder weniger inquisitorischen Prinzipien ihrer Gesetze, als vielmehr in Bezug auf das Alter der betreffenden Gesetzgebung beobachten können. Es spiegelt sich darin eben die Tatsache wieder, dass die Behandlung der Angeschuldigten ein politisches Postulat war,

Wir gehen bei der näheren Prüfung der *Zulässigkeit der Haft* von der, leider auch in unsern Strafgesetzen angenommenen Einteilung der Delikte in Uebertretungen, Vergehen und Verbrechen aus, indem wir der Vergleichung wegen ausnahmsweise auch die Uebertretungen berücksichtigen.

A. *Zulässigkeit der Untersuchungshaft bei Uebertretungen.* Norm ist, dass bei Uebertretungen eine Haft unzulässig ist, wenn:

¹⁰⁷⁾ C. C. C. Art. 12: „Von Verheftung des Anklägers biss er bürgschaft gethan hat.“

„Item, so bald der angeklagt zu gefengknuss angenommen ist, soll der Ankläger oder sein gewalthaber mit seinem Leib verwart werden, biss er mit bürgen, Caution, bestandt vnd sicherung, die der Richter mit sampt vier schöpfen nach gelegenheyt der sachen vnd achtung beyder Personen für gnugsam erkennt, gethan hat.“

¹⁰⁸⁾ Vgl. das in § 5 zitierte Beispiel der Loix du Pays de Vaud, IV. tit. II. Loy.

¹⁰⁹⁾ Carpzov, prax. rerum crim., p. 111, quaest. 3 n. 6.

¹¹⁰⁾ Clarus, quaest. 28, § fin. lib. V.

- a) der Delinquent im Kanton ansässig ist;
- b) derselbe sich über Name und Stand hinlänglich ausweist;
oft wird noch als dritte Bedingung hinzugefügt:
- c) sofortige Kautionsleistung (so Appenzell A. Rh. 38 a); doch gilt letztere in der Mehrzahl der Kantone nur für Delinquenten, die nicht im Kanton ansässig sind (vgl. z. B. Bern Art. 69, Zug 16, Obwalden Art. 19 a., Solothurn 134).

Die Einschränkung der Haftbefreiung auf Kantonseinwohner erscheint als ungenügend. Es ist das aber eine Frucht der mangelhaften Gewährung der Rechtshilfe unter den Kantonen, indem es eben den Kantonen unmöglich ist, ein Polizeurteil in einem andern Kanton vollstrecken zu lassen.

B. *Zulässigkeit der Haft bei Vergehen.* Viele Kantone machen einen Unterschied zwischen leichten und schweren Vergehen. Als leichtere Vergehen dürften diejenigen gelten, die nur mit Geld, oder alternativ mit Geld oder Gefängnis bestraft werden (Bern Art. 69, vgl. mit Art. 71, Zug 16, Obwalden 19, 20, Appenzell A. Rh. 38, b., und ähnlich St. Gallen B. V. 31). In diesen Fällen gilt als Norm die Belassung auf freiem Fuss unter den Bedingungen, wie bei den Uebertretungen (vgl. Appenzell A. Rh. 38 b.).

Bei schwereren Vergehen dagegen findet in diesen Kantonen regelmässig die Verhaftung statt (vgl. Obwalden 20, Appenzell A. Rh. 38 c., Zug 16, Nidwalden 14, Luzern 67, Schwyz 203, 2, Glarus § 38, Uri P. F. § 3 ff., jedenfalls auch in Wallis und Schaffhausen). Ueber die Grenze der leichteren Vergehen gibt Appenzell A. Rh. § 38 am Schlusse Auskunft:

„Regelmässig ist die Verhaftung vorzunehmen, wenn die für ein Verbrechen zu gewärtigende Freiheitsstrafe mutmasslich *zwei Monate übersteigt*.“ (Vgl. § 41, Abs. 3.¹¹¹)

Keinen Unterschied zwischen leichten und schweren Vergehen machen die übrigen Kantone. Es wird dort nur bei Fluchtverdacht

¹¹¹) Appenzell A. Rh. unterscheidet — nach inquisitorischen Grundsätzen richtig — zwischen Untersuchungs- und Sicherheitsverhaft. Letzterer beginnt vom Schluss der Untersuchung an und hat insofern allerdings eine andere Bedeutung als die Untersuchungshaft, als das Verbrechen nun meistens erwiesen und die zu gewärtigende Strafe sicher ist. Interessant ist die Bestimmung des § 42, wonach in den Fällen, in welchen ein Sicherheitsverhaft *unzulässig ist*, der Justizvorstand vom Delinquenten Kautionsverlangen darf, und zwar nicht nur für die Gerichtskosten, sondern auch für die Zivilentschädigung an den „Kläger“. Es zeigt sich darin sehr hübsch das Streitgenossenverhältnis von Staat und „Kläger“. Letzterer besorgt für den Staat die Verfolgung, ersterer für den Kläger dafür auch dessen Schadenersatzanspruch: „Wird der Sicherheitsverhaft für *unzulässig* erklärt, so ist der Justizvorstand befugt, von dem Angeschuldigten so weit als möglich Sicherheit für die mutmasslichen Kosten, Busse und Zivilentschädigung zu verlangen.“

zur Verhaftung geschritten, aber unter Zulassung der Kaution (vgl. z. B. Baselland D. P. 25; Baselstadt E. G. 11; Solothurn 135; Zug 13; Waadt 66; Neuenburg 53; St. Gallen P. 42, vgl. mit B. V. 32). Das gleiche gilt für Bern, wo in Uebertretungs- und Pressvergehensfällen der Angeschuldigte unter den Bedingungen des Art. 69 absolut in Freiheit bleibt, bei den übrigen Vergehen dagegen nur unter der Voraussetzung, dass der Delinquent nicht fluchtverdächtig ist, oder Kaution bestellt hat (Art. 144). Die Belassung auf freiem Fuss gegen Kautionsleistung ist aber in der Regel de facto eine Wiederentlassung aus der Haft. Das Nähere darüber und die Ausnahmen siehe § 37, III.

C. *Zulässigkeit der Verhaftung bei Verbrechensfällen.* Man kann wohl sagen, dass bei Verbrechensfällen die Verhaftung allgemein und unbedingt zulässig ist. Vorschrift ist sie indessen allein in Appenzell A. Rh., Luzern, Obwalden, Nidwalden, Wallis, Schaffhausen, Uri und Schwyz; in den übrigen Kantonen kann gegen Kautionsleistung — event. auch ohne solche in den in § 37 III., Abs. 2 zitierten Kantonen, — eine Wiederfreilassung erfolgen, in Neuenburg und Waadt der Delinquent auch von Anbeginn an auf freiem Fusse bleiben.

III. *Voraussetzungen der Verhaftung.* Die Normen der Verhaftungsgründe finden sich, wie bemerkt, seit den dreissiger Jahren unseres Jahrhunderts in den Staatsgrundgesetzen. Noch heute dokumentirt sich die politische Bedeutung, die man der Frage der Verhaftung zumass in den einlässlichen Bestimmungen unserer demokratischen Gesetze, zum Zwecke, den englischen Grundsatz von „my house is my castle“ auch auf ihr Geltungsgebiet zu übertragen.

So wird zur Vornahme der Verhaftung allgemein verlangt:

- a) abstrakte gesetzliche Zulässigkeit derselben für das betreffende Delikt;
- b) Bestimmtheit oder hinlängliche Wahrscheinlichkeit dafür, dass die zu verhaftende Person das betreffende Delikt begangen habe.¹¹²⁾

Insbesondere verlangen auch die Gesetze durchwegs, dass der Verhaft sofort aufzuhören habe, falls sich im Laufe der Untersuchung entweder die Unbegründetheit des Verdachtes oder ein Delikt ergibt, für das die gesetzliche Zulässigkeit der Haft mangelt.

An und für sich ist allerdings das Bestehen eines zwingenden oder hinlänglichen Schuldverdachtes Voraussetzung, um eine Person zur Sicherheitsleistung anhalten zu können. Doch vergessen unsere Strafprozessordnungen, dass die Durchführung dieses Prinzipes nur im accusatorischen Verfahren möglich ist. Denn da der innere Zweck des Sicherheitsverhaftes nur der ist, das Erscheinen des Angeschul-

¹¹²⁾ Uebrigens nahm noch Clarus keinen andern Standpunkt ein (vgl. § 1, quaest. 28, V). „Primum est, ut delictum de quo agitur, sit talis, pro quo ingeratur poena corporalis, alias enim non est ad carceres deducendus. Secundum est, ut indicia quae resultant ex processu, sint sufficientia ad capturam.“

digten vor Gericht resp. Untersuchungsamt zu sichern, so ergibt sich aus der Tatsache, dass der Angeschuldigte nach inquisitorischem Untersuchungsverfahren das Hauptauskunftsmittel ist, während er im accusatorischen Verfahren zur Aussage nicht verpflichtet wird, von selbst, dass jedes Verfahren, das nicht rein accusatorisch ist, oft der Verhaftung des Angeschuldigten bedarf, um ihn zu „verhören“, wo von einem hinlänglich begründeten Verdachte noch nicht die Rede sein kann.

§ 36.

Beginn des Sicherheitsverhaftes und Behandlung während desselben.

I. Der Sicherheitsverhaft muss mit dem Momente beginnen, in welchem durch richterliches Urteil festgestellt wurde, dass die gesetzlichen Voraussetzungen für sie vorhanden sind (vgl. § 35, III.); hiezu müssen wir noch weiter fügen: und dass der Angeschuldigte den Fluchtverdacht entweder nicht durch andere Sicherheitsleistung beseitigen wolle, oder dies nicht könne.

Daraus lässt sich schliessen, dass die Konstatirung der gesetzlichen Voraussetzungen zur dauernden Verhaftung im konkreten Fall ein Akt der Rechtsfeststellung, und als solcher durch den Richter vorzunehmen ist. Notwendig muss eine Person existiren, die das Vorhandensein der gesetzlichen Voraussetzungen behauptet und zu beweisen sucht, ferner eine andere Person, die diese Behauptungen objektiv prüft, deren Grund feststellt und die Verhaftung anordnet; endlich muss auch die Person, welcher eines der wichtigsten Lebensgüter, die freie Verfügung über sich selbst, entzogen werden soll, anwesend sein, sie muss sich verteidigen können, muss gehört werden. *Die persönliche Freiheit ist dem Individuum gewährleistet und nur richterlicher Spruch kann dieses Recht einem Bürger dauernd entziehen.*

So ist auch ungefähr der Standpunkt des englischen Rechtes. Dasselbe lässt — praktisch nicht zu umgehen — die *vorläufige Verhaftung* des Delinquenten zu, sei es durch „warrant“, sei es ohne einen solchen, auf Grund der Ertappung auf handhafter Tat, bei felonies¹¹³⁾ oder auf Grund des den Angeschuldigten verfolgenden „hue and cry“, des mittelalterlichen „Gerüfde“, des „clamor publicus“. Die Entscheidung darüber aber, ob *die Sicherheitshaft* einzutreten habe, oder ob der Angeschuldigte gegen Kaution oder ohne solche freizulassen sei, *trifft ausschliesslich der Richter*, der „judge of peace“, nach summarischer öffentlicher Untersuchung. Vgl. Blackstone IV, n. 296:

¹¹³⁾ Blackstone IV, n. 294: „Any private person (and a fortiori a peace-officer) that is present, when any felony is committed, is bound by the law to arrest the felon, on pain of fine and imprisonment, if he escapes through the negligence of the standers-by.“

„If upon this *inquiry* it manifestly appears, that either no such crime was committed, or that the suspicion entertained of the prisoner was wholly groundless, in such cases only it is lawful totally to discharge him. Otherwise *he must either be committed to prison, or give bail: that is, put in securities for his appearance, to answer the charge against him.*“

So das englische Verfahren, dem mehr oder weniger alle kontinentalen Strafgesetzgebungen nachgestrebt sind, ohne dass auch nur eine das Vorbild erreicht hat.¹¹⁴⁾ Der Fehler liegt nicht daran, dass wir in der Regel einen staatlichen Verfolger haben. Auch Schottland behilft sich nicht mit dem Privatkläger, der ja übrigens doch nur Vertreter der Krone ist. Vielmehr müssen wir das Uebel in unserm alt-traditionellen Untersuchungsbeamten suchen, der eben heute noch getreu dem Vorbild der alten Inquisitoren amtet. Unser Untersuchungsbeamter ist heute noch Richter und Verfolger, oder Verfolger und Richter in einer Person, und daraus resultiert die grosse *contradictio in adjecto*, die unsern Verfahren eigen ist, nämlich dass der Verfolger gewissermassen über seine eigenen Verfügungen richtet. Wie steht es, wenn er einen Angeschuldigten, den er als Verfolger sistirte, als Richter wieder laufen lässt? Er erlässt einen Haftbefehl; ist das nun ein richterlicher Akt oder ein gerichtspolizeilicher?

So häuft sich Widerspruch auf Widerspruch, man kommt über dieselben nicht mehr hinaus; keine der bisher auf dem Kontinente versuchten Lösungen ist befriedigend. Es genügt nicht, zur Wahrung des accusatorischen Decorums eine Staatsanwaltschaft, somit einen Verfolger aufzustellen, sondern man muss demselben resp. seinen Unterorganen wirklich auch die Verfolgung überbinden. Man begnüge sich nicht, zu sagen, dass der Staatsanwalt ja über das Ergebnis der Untersuchung beschliessen könne, oder dass ihm wenigstens das ständige Recht der Teilnahme an der Untersuchung gewährleistet sei. Nein, man anerkenne klipp und klar, dass jede Untersuchung, will sie accusatorisch sein, zweier Organe bedarf, des *judex* und des *prosecutors*. Der letztere verfolgt, sammelt die Beweise und stellt die im Interesse der Sicherung des Verfahrens und des Strafvollzuges notwendigen Anträge; letzterer prüft diese Anträge und erlässt auf Grund derselben und in Anhörung des Angeschuldigten den diesbezüglichen Rechtsspruch. Niemals darf der Richter, und wäre es nur aushülfsweise, die Geschäfte des Verfolgers mit besorgen und umgekehrt.

Wie dieses Ziel bei uns verhältnismässig leicht zu erreichen wäre, ist in § 9, V. erörtert worden.

II. De lege lata ist zu bemerken: Der Sicherheitsverhaft beginnt formell mit dem Haftbefehl des Untersuchungsbeamten. Haftbefehl zwecks Anordnung des Sicherheitsverhaftes und zwecks vorläufiger

¹¹⁴⁾ Ueber die Nachahmung durch Genf siehe sub II.

Verwahrung werden in der deutschen Schweiz nicht unterschieden. Gesagt wird nur, dass ersterer grundsätzlich nur dem Untersuchungsbeamten zustehe, und dass somit die übrigen (polizeilichen) Organe nur zur provisorischen Verhaftung kompetent seien. Es ergibt sich das aus den Bestimmungen, welche anordnen, dass der Verhaftete binnen kurz bemessener Frist dem eigentlichen Untersuchungsbeamten zuzuführen sei.¹¹⁵⁾ Praktisch wird sich der Unterschied zwischen Sicherheitshaft und polizeilicher Sistierung aber in denjenigen Kantonen geltend machen, die eigene Untersuchungs- und eigene Polizeigefängnisse besitzen. Der Moment, wo der Delinquent in erstere versetzt wird, dürfte da den Beginn des Sicherheitshaftes markieren. In den übrigen Kantonen kann ein diesbezüglicher Unterschied nicht gemacht werden, meist findet sich in den Akten einfach die Notiz: „Die Haft wird aufrecht erhalten“ oder „Geht in den Verhaft zurück“, die stereotyp am Schlusse jedes Vernehmungsprotokolles wiederkehrt.

Die Kantone Genf und Waadt unterscheiden dagegen formell zwischen „mandat d'arrêt“ und „mandat de dépôt“. Die Ironie des Schicksals brachte es mit sich, dass die beiden Ausdrücke im einen Kanton gerade das Umgekehrte bedeuten, was im andern¹¹⁶⁾, und somit können wir nun sagen, dass der eine die Haft zwecks Feststellung, der andere die Haft zwecks Sicherheitsleistung bedeutet. Auch Neuenburg unterscheidet in Art. 6 zwischen „arrestation provisoire“ und „arrestation definitive“. Der Entwurf normierte die Maximaldauer der ersteren auf 8 Tage, der Grosse Rat reduzierte sie mit Recht auf 3 Tage.¹¹⁷⁾

Bemerkenswert ist, dass Genf die Verhängung des Sicherheitsverhaftes nur durch die chambre d'instruction zulässt, auf Grund

¹¹⁵⁾ Ueber die Bemessung der Frist gehen die Gesetze auseinander; so z. B. bestimmt Bern Art. 74 „ohne Verzug“, Freiburg Art. 42 „binnen 48 Stunden“, Aargau P. 127 „binnen 4 Tagen“; vgl. damit Waadt Art. 179 (24 Stunden). Als Regel darf 48 Stunden angenommen werden. Grösser ist die Frist naturgemäss da angesetzt, wo die Polizeibehörde ein förmliches Ermittlungsverfahren anstellt, das unter Umständen die Untersuchung ersetzt. So bestimmt Tessin Art. 52 die Frist auf 7 Tage und Baselstadt setzt gar keine fest.

¹¹⁶⁾ 1. *Mandat d'arrêt*; Genf Art. 96: „Le mandat d'arrêt est celui par lequel le juge d'instruction ordonne, d'arrêter et de garder en prison pendant huit jours au plus, ou de l'y retenir pendant ce terme, s'il est arrêté, un individu prévenu d'un crime ou d'un délit.“ (Loi constitut. de 1849 Art. 5.)

Dagegen Waadt Art. 36: „Le mandat d'arrêt est celui en vertu duquel le prévenu est mis définitivement en état d'arrestation.“

2. *Mandat de dépôt*; Genf Art. 147: Le mandat de dépôt est celui, par lequel la chambre d'instruction ordonne de retenir en prison un individu arrêté comme prévenu d'un crime ou d'un délit.“ (Loi constitut. de 1849, Art. 6.)

Dagegen Waadt Art. 6: „Le mandat de dépôt est celui par lequel le juge ordonne que quelqu'un soit conduit dans une prison désignée pour y être provisoirement détenu.“

¹¹⁷⁾ Vgl. Bulletin, pag. 284.

einer öffentlichen, kontradiktorischen Verhandlung vor derselben. Das genferische Verfahren ist damit das erste und einzige der Schweiz, das den Grundsatz, dass ein freier Bürger nur durch Richterspruch dauernd seiner Freiheit beraubt werden darf, verwirklicht; vgl. Art. 143 ff:

Art. 143: „Dans la huitaine qui suit la signification du mandat d'arrêt à l'inculpé, le magistrat informateur *doit* communiquer la procédure à la chambre d'instruction.“

Art. 144: „Les audiences de la chambre d'instruction *sont publiques*.“

L'inculpé et son conseil y assisent, ainsi que le Procureur général.“

Art. 145: „Lorsque le fait emporte une peine criminelle, la chambre décerne contre l'inculpé un mandat de dépôt.“

Art. 146: „Si le délit entraîne une peine correctionnelle, la chambre peut, suivant les circonstances décerner un mandat de dépôt, ou ordonner, que l'inculpé soit mis en liberté provisoire, même sans caution.“

Die Institution ist an und für sich unstreitig eine bedeutende Errungenschaft, und als solche durchaus nachahmenswert. Dennoch ist das englische Vorbild, so wenig als das accusatorische Ideal, damit erreicht und zwar aus folgenden Gründen. Die achttägige Frist für die Sistirung durch blosses mandat d'arrêt ist zu lang, und bedenklich namentlich im Hinblick auf die „mise au secret“, indem es dem Richter freisteht, dadurch den Gefangenen diese Zeit hindurch vollständig von der Verbindung mit der Aussenwelt abzuschliessen; vgl. Art. 149:

„Le détenu mis au secret ne peut communiquer avec personne.“

Zugegeben sei aber immerhin, dass dieses Mittel praktisch kaum entbehrt werden kann, wenn man es mit durchaus verkommenen Existenzen zu tun hat und zudem in die Ehrenhaftigkeit des Anwaltstandes berechtigte Zweifel setzen darf.

Während in England der Anordnung des Sicherheitsverhaftes durch den Richter noch keinerlei Untersuchung, sondern einzig und allein die kontradiktorische Beweisverhandlung vorangegangen ist, während der englische Angeschuldigte, falls er verhaftet wurde, sofort — „when a delinquent is arrested *by any of the means* mentioned in the preceding chapter, *he ought regularly* to be carried before a justice of peace“ (Blackstone IV, n. 296) — vor den Richter gestellt werden muss, geht der genferischen gerichtlichen Behandlung ein ganzes inquisitorisches Untersuchungsverfahren voraus, das sogar des mächtigen Mittels des Inquisitionsprozesses, der Geheimheit der Untersuchung, nicht entbehrt, und somit kommt der Angeschuldigte erst dazu, seine Verteidigungsgründe, wie die Anträge auf provisorische

Freilassung, geltend zu machen, nachdem er schon eine geraume Zeit und unter Umständen wehrlos im Gefängnis war.

Anderseits ist auf die höchst unabgeklärte und durchaus nicht konsequente Stellung der chambre d'instruction aufmerksam zu machen. Sie vereinigt in sich nicht nur die Funktionen des englischen „judge of peace“ und die der „Grand Jury“, sondern auch (wie in § 13, II. a ausgeführt) die des inquisitorischen Untersuchungsgerichtes. Aus dieser unnatürlichen Vereinigung widersprechender Aufgaben resultirt eine gewisse Verdächtigkeit, d. h. die chambre d'instruction ermangelt der Garantie absoluter Unparteilichkeit, die die Unabhängigkeit von der Strafverfolgung als solcher dem englischen Richter verleiht.

III. Da die Anordnung der Untersuchungshaft unparteiischer, richterlicher Akt sein soll, so müssen wir suchen, unsern, diese Haft anordnenden Beamten, gleichviel ob dieselben Richter oder Polizeibeamte seien — die ja samt und sonders dieser Unparteilichkeit ermangeln — wenigstens eine unparteiische Oberinstanz beizuordnen, an die rekurrirt werden kann. Dieses Spezialrekursrecht gegen die Verhaftung ist de lege lata auch bereits anerkannt in den Gesetzen von Waadt Art. 68, loi du 21 novembre 1874, Neuenburg 74, Solothurn 139, Aargau Z. P. G. 25, Zug § 16 (abgeschwächt). In den übrigen Kantonen dürfte auf dem Wege des allgemeinen Rekurses (siehe § 39) der gleiche Zweck zwar auch zu erreichen sein.

Weniger aus accusatorischen Gründen dürften die Bestimmungen von Zug § 14, Glarus § 39, Graubünden § 22, Wallis Art. 99 entstanden sein, wonach zur Verhängung des Sicherheitsverhaftes die Genehmigung des Gerichtspräsidenten, bzw. der commission d'instruction notwendig ist. Scheinbar liegt darin ein entschiedenes Zugeständnis an den Grundsatz, dass die Verhaftung nur von einem unparteiischen richterlichen Organ vorgenommen, resp. angeordnet werden dürfe. In der Tat spiegelt sich aber in diesen Bestimmungen nur das grosse Aufsichts- und Einmischungsrecht wieder, das der Inquisitionsprozess dem Ober-Untersuchungsgericht einräumte. Dass es sich um eine inquisitorische Tradition handelt, beweist die Tatsache, dass in den Landsgemeindekantonen, wo der Regierungsrat an Stelle des Untersuchungsgerichtes getreten ist (vgl. § 11), tatsächlich denn auch die Verordnung der Untersuchungshaft an die regierungsrätliche Zustimmung gebunden ist (vgl. Appenzell A. Rh. § 40, Uri P. F. 2 ff., Nidwalden Verfassung Art. 50, 52).

IV. *Verhör nach der Verhaftung.* Unsere Strafprozessordnungen sind sozusagen einig darüber, zu verordnen, dass der Verhaftung binnen kürzester Frist das erste amtliche (Untersuchungs-) Verhör zu folgen habe. Auch in den Verfassungen finden sich diesbezügliche Bestimmungen. Dies gilt selbst dann, wenn der Arrestant im Ermittlungsverfahren wiederholt verhört worden ist. Diese erste Einvernahme soll, wie z. B. Zürich 803, Aargau P. 157, Thurgau B. V. 21, Freiburg Art. 167, Zug 14, ja selbst Wallis 136, Appen-

zell A. Rh. 32 d. ausdrücklich hervorheben, dem Angeschuldigten Gelegenheit geben, sich zu rechtfertigen, Irrtümer aufzuklären, wohl auch Kautio zu offeriren u. s. w.

Gerade in diesem ersten Verhör liegt der Keim zur Entwicklung der Untersuchung im accusatorischen Sinne. Man gebe dem Angeschuldigten das Recht, *zu verlangen*, dass dieses Verhör vor dem Gerichtspräsidenten (des Bezirkes) und öffentlich erfolge, sowie dass ihm ein Verteidiger beigegeben werde, und so wird man dazu kommen, wenigstens *fakultativ* ein dem englischen Verfahren vor dem Friedensrichter nachgebildetes, öffentliches, kontradiktorisches und gerichtliches Verfahren zwecks Prüfung der Zulässigkeit des Sicherheitsverhaftes zu besitzen. Voraussetzung dieser Neuerung wäre natürlich die allgemeine Uebertragung der Untersuchung an das Bezirkspolizeiamt. In den Fällen, in denen der Angeschuldigte eben seine Verhaftung als eine berechtigte anerkennt, würde die Verhandlung vor dem Richter in Wegfall kommen.

V. *Behandlung in der Haft*. Der Sicherheitsverhaft ist Garantieleistung für das Erscheinen vor Gericht und Erdulden der zu gewärtigenden Strafe, keinesfalls aber vorläufiges Strafabsitzen. Daraus folgt, dass dem Sicherheitshäftling alle diejenigen Bequemlichkeiten, die sich mit dem Zwecke der Sicherheitsleistung vertragen, nicht entzogen werden dürfen, insbesondere, dass von Anlegen der Sträflingskleider, Zwang zur Arbeit, Setzung auf sog. Sträflingskost u. s. w. gegenüber Untersuchungsgefangenen keine Rede sein kann. Im allgemeinen lässt sich auch das Bestreben der Gesetzgebung, das Los der Sicherheitshäftlinge möglichst schonend zu gestalten, nicht verkennen (vgl. z. B. Obwalden 27, 30, Wallis 113, Nidwalden 18, 4).

Dagegen unterliegt der Untersuchungsgefangene natürlich der Disziplinargewalt des Untersuchungsbeamten. Uebereinstimmend lassen die Kantone daher Bestrafung zu „wegen ungebührlichem Betragen, Schmähungen, Drohungen, hartnäckiger Weigerung des Gehorsams“. Als Strafen werden nur angewendet Schmälerung der Kost und Dunkelarrest, überhaupt Entzug der Bequemlichkeiten. *Körperliche Züchtigungen sind ausgeschlossen*. Eine *Ausnahme* machen nur Obwalden, Luzern und Schaffhausen; vgl. Obwalden Art. 28:

„Ungebührliches Betragen . . . können vom Verhöramt oder von der Justizkommission mit Schärfung des Gefängnisses, mit Schmälerung der Kost, oder *angemessener körperlicher Züchtigung* bestraft werden.“

Luzern § 88: „Wenn der Gefangene durch . . . eines ungebührlichen Betragens sich schuldig macht, so kann derselbe nach Erkenntnis der Behörden mit Schmälerung der Kost, oder *mit körperlicher Züchtigung* bis zu 15 Streichen (§ 13 des Polizeistrafgesetzes) bestraft werden.“ (Vgl. damit Schaffhausen § 21.)

Praktisch freilich dürften diese Bestimmungen, ausgenommen in Schaffhausen, nicht mehr sein. Die weiteren Details der Behandlung der Verhafteten können wir übergehen.

VI. *Dauer des Sicherheitsverhaftes.* Eine generelle Dauer desselben lässt sich logisch nicht bestimmen. Grundsatz aber ist, dass er aufzuhören hat, sobald die Gründe, die ihn nötig machten, gefallen sind (vgl. z. B. Obwalden 31, Appenzell A. Rh. 40, Thurgau B. V. 22, Bern 167, Solothurn 142, Schwyz 203, Zug 16). Normal endet aber die Sicherheitshaft entweder mit dem Erlass des auf Freisprechung oder Strafe lautenden Urteiles, oder mit der Sistirung des Verfahrens vor der Hauptverhandlung. In den inquisitorischen Kantonen, und zum Teil auch noch in den Kantonen gemischten Systems, führt die Haft vom Moment der Ueberweisung an oft einen andern Namen (vgl. § 35, Anm. 111), nach inquisitorischer Auffassung der Haft allerdings mit gewissem Recht. Im accusatorischen Prozesse gibt es aber nur zwei Arten von Haft, eine provisorische, nicht auf Sicherheitsleistung gerichtete, und eine definitive, die Sicherheitshaft.

Einzelne Kantone haben, aber ziemlich unnützer Weise, maximale Grenzen der Sicherheitshaft normirt, unter der Bestimmung, dass eine Verlängerung der Haft über diese Grenzen hinaus nur vom Ober-Untersuchungs-, resp. Anklage-, resp. Rekursgericht bewilligt werden kann, dem die Akten vorzulegen sind. Dabei gilt als Frist aus nahe-liegenden Gründen nur die Zeit der Erhebung der Anklage und nicht der Urteilsverkündung.

Die Fristen divergiren in den einzelnen Kantonen nach folgender Tabelle:

Kantone	Frist in Vergehensfällen	Frist in Kriminalfällen
Zürich § 789	8 Tage	14 Tage
Solothurn § 148	30 Tage	2 Monate
Zug § 16	20 Tage	20 Tage
Tessin Art. 49	15 Tage	2 Monate
Graubünden § 22	14 Tage	—
Genf Art. 176	6 Wochen	3 Monate
Neuenburg Art. 231	21 Tage	—
St. Gallen U. V. 41	1 Monat	—

Für Neuenburg und St. Gallen ist aber zu bemerken, dass die Frist vom Untersuchungsbeamten auf seine Gefahr überschritten werden darf; nur muss er die Gründe dieser Verzögerung zu den Akten bringen.

Woher die ungeheuren Abweichungen kommen, ist unbegreiflich. Es ist doch kaum anzunehmen, dass die Justiz im Kanton Zürich sechsmal prompter arbeite, als im Kanton Genf. Es wäre in der Tat sehr interessant, eine Statistik über die durchschnittliche Länge der einzelnen Prozesse und Untersuchungen in den einzelnen Kantonen zu besitzen. Jedenfalls müsste sich das Bild wesentlich ändern. Tatsache ist wenigstens, dass die zürcherische Frist viel zu kurz ist. Die Begehren um Fristverlängerung sind denn auch dort so allgemein,

dass sie sozusagen unbesehen von der Anklagekammer genehmigt werden. Daher finden sich auch die Staatsanwälte nicht mehr veranlasst, das Begehren einlässlicher zu formulieren, und damit ist auch von einem Nutzen dieser Fristansetzung keine Rede, im Gegenteil veranlasst sie unnütze Hin- und Herschreiberei und Verzögerung der Untersuchung.

Genf hat, und in diesem Punkte mit Glück, die englische „Grand Jury“ kopiert, indem die „Chambre d'instruction“ nach Ablauf der Frist, gleich der englischen „Jury“ die Sache an die Hand nimmt und untersucht, gleichviel ob die Untersuchung abgeschlossen sei oder nicht.¹¹⁸⁾ Es erfolgt dann die öffentlich mündliche und kontradiktorische Verhandlung darüber, ob die Anklage zuzulassen resp. zu erheben, oder ob die Untersuchung zu sistieren sei. Die Bedeutung dieses Entscheides freilich, wie der Verhandlung überhaupt, ist aber in den beiden Ländern eine total verschiedene. (Vgl. §§ 43 und 44.)

§ 37.

Ersatz der Haft, insbesondere die Kautionsleistung.

(Vgl. die verdienstliche Arbeit Dr. Melliger's, Zeitschr. für S. St. R. IX, 175 ff.)

I. Je weniger die Freiheit des Angeschuldigten respektiert wird, je mehr derselbe als ein Werkzeug in der Hand des Untersuchenden erscheint, um so weniger ist von irgendwelchem Ersatz der persönlichen Sicherheitsleistung die Rede. Während noch der römische Prozess als solche Ersatzmittel die Kautionsleistung, und in gewissem Sinne auch die custodia militaris, allgemein anwendet (vgl. L. 3 D. 48,¹¹⁹⁾ und während selbst Clarus offenbar noch von der Kautionsleistung als dem Gewöhnlichen redet und als ein bemerkenswertes anderes Ersatzmittel

¹¹⁸⁾ Art. 176: „Lorsque la detention préventive a durée six semaines en matière correctionnelle, et trois mois en matière criminelle, toutes les pièces *doivent* être soumises à la Chambre d'instruction par le Juge informateur, ou par le Procureur général, suivant l'état de la procédure, ou même sur la demande de l'inculpé.

Après l'examen de l'affaire et s'il y a lieu, après avoir entendu les parties intéressées, la Chambre prononce conformément aux articles 185 et suivants du présent Code.“

¹¹⁹⁾ „Non esse in vincula coiciendum eum, qui fidejussores dare paratus est, nisi, si tam grave scelus admisisse eum constet, ut neque fidejussoribus, neque militibus comitti debeat, verum hanc ipsam carceris poenam ante supplicium sustinere“ (vgl. auch l. D. de custodia reorum, l. 70, Dig. 46, 1). Dabei steht also das R. R. auf dem richtigen Standpunkt, dass das richterliche Ermessen darüber entscheide, ob Haft einzutreten habe oder Kautionsleistung anzunehmen sei (vgl. Geib. Geschichte des R. Kriminalprozesses, p. 117 ff., 287 ff., 561 ff.).

den Gestellungseid (die „cautio juratoria“) erwähnt¹²⁰), verschwindet die Kautionsannahme im entarteten Inquisitionsprozess fast völlig; jedenfalls ist von keinem andern Mittel, der Untersuchungshaft zu entgehen, die Rede.

Erst als im Gefolge der politischen Bewegungen die Zulässigkeit der Verhaftung durch die Verfassungen streng normirt und erheblich beschränkt wurde, fand auch die Kaution als Sicherheitsleistung wieder Gnade und kam zu grösserer Anerkennung. Befangen in den inquisitorischen Traditionen, wie man noch war, erblickte man aber zunächst in der anderweitigen Sicherheitsleistung *nicht* das Mittel, die Haft *abzuwenden*, sondern nur, um, nachdem die Verhaftung bereits erfolgt war, *wieder auf freien Fuss zu gelangen*. Der Grund ist offensichtlich. Der inquisitorische Richter muss nicht nur verhaften, um die Stellung des Angeschuldigten vor Gericht zu sichern, sondern weil dieser sein wichtigstes Beweismittel ist. Darum will er ihn zuerst als solches ausnützen, und erst dann, wenn nur das Erscheinen zur Hauptverhandlung und zum allfälligen Strafantritt noch in Frage steht, kann der Angeschuldigte wieder frei werden. Ganz aus diesem Gesichtspunkt heraus wird auch die *sofortige* Zuziehung eines Verteidigers verwehrt. Vgl. Genf, loi constitut. de 1849, Art. 10:

„Tout individu arrêté en vertu d'un mandat a le droit:

1^o de choisir un défenseur et de conférer avec lui, *toutefois seulement après avoir été entendu par le magistrat ou le fonctionnaire compétent dans l'interrogatoire*“ etc.

Daraus erklärt es sich, wenn die Freilassung meist nur in geringeren Fällen oder wenn das Delikt — meist durch Geständnis des Angeschuldigten — hinreichend festgestellt schien, erfolgte.¹²¹)

II. Dies ist auch heute noch der Standpunkt der Mehrzahl unserer Gesetze. Dieselben reden nur von einer *Haftentlassung* gegen Kaution (vgl. Tessin Art. 42, Graubünden 24, Zug 16, Glarus 43, Wallis 118, Bern 170, Freiburg 200, Genf 153, vgl. mit 146), wobei indessen zu bemerken ist, dass Graubünden 24, Genf Art. 153, vgl.

¹²⁰) Quaest. 46, § 7, lib V: „In hac autem materia facienda est conclusio, quod *regulariter*, ubicunque pro crimine imponitur *poena corporalis*, reus *non est fidejussoribus* relaxandus, et haec est communis opinio.“ Das relaxandus weist aber schon darauf hin, dass die Verhaftung der Kautionsannahme vorausging. — Bezüglich der cautio juratoria vgl. § 15, quaest. 46, ibid.: „... et deinde sit ordinatio, quod relaxetur cum *juratoria cautione* cum participatione et interventu fisci.“ Sie stand ausser demjenigen, der *nachzuweisen* im stande war, dass er keine Bürgschaft stellen konnte, auch in Anlehnung an l. 17, Cod. de dignit. XII. 1, den personae illustres zu (quaest. 46, § 16 ibid.).

¹²¹) Vgl. damit auch Clarus, quaest. 46, § 10, i. f. lib. V.: „Praeterea scias, quod in omnem casum, tempore, *quo fit relatio definitiva causae in Senatu*, semper solet reus ad carceres revocari, ne si sequatur condemnatio corporalis, possit illam fugiendo eludere.“

mit Art. 146, Zug 16, Glarus 43, Bern 170, Freiburg 200, St. Gallen P. 48 ausdrücklich eine provisorische Haftentlassung *auch ohne Kaution* zulassen, und damit bereits indirekt den Grundsatz anerkennen, dass selbst moralische Garantieleistung den Fluchtverdacht zu beseitigen im stande ist.

III. Im Gegensatz zum kontinentalen Verfahren haben sich im englischen Strafprozess die alten Grundsätze über die Verhaftung zwecks Sicherheitsleistung sozusagen unverändert erhalten, indem dort als Norm gilt, dass der Angeschuldigte so lange nicht verhaftet werden soll, als anderweitige Sicherungsmittel — namentlich Kaution — genügen, sein Erscheinen *vor Gericht* zu sichern. Der englische Prozess bedarf ja des Angeschuldigten nicht, um ihn auszuquetschen und als Beweismittel gegen ihn selbst zu benutzen.¹²²⁾ Daraus muss die Konsequenz gezogen werden, dass der Angeschuldigte nicht nur nach bereits erfolgter Inhaftierung, sondern im Gegenteil *bevor diese erfolgt*, zur Kautionsstellung zugelassen, resp. aufgefordert wird. Er kann also die Haft nicht nur wieder aufheben, sondern auch überhaupt abwenden. Dies geschieht in England anlässlich der bereits in § 36 erwähnten Verhandlung vor dem Richter.

Einige Kantone haben dieser Auffassung insofern Rechnung getragen, als sie ausdrücklich erklären, dass die Kaution nicht nur zwecks Wiederaufhebung der Haft, sondern auch zwecks Abwendung derselben zulässig sei (vgl. Zürich 817, Solothurn 144, Thurgau B. V. 22, Baselstadt F. G. 12, St. Gallen U. V. 32, Schwyz 187, Luzern 92, Obwalden 32, Nidwalden 19). Eine Nachahmung des englischen Verfahrens in Bezug auf die richterliche Beschlussfassung über Verhängung der Haft besitzt Genf (vgl. Art. 143); siehe § 36 II. Nur als einen schwachen Anklang daran können wir die Bestimmungen von Neuenburg Art. 268 und Waadt Art. 232 betrachten:

„*Si la première audition ne détruit pas les charges qui pèsent sur l'inculpé, le juge peut, d'accord avec le procureur général, decerner contre lui un mandat d'arrêt.*“

¹²²⁾ Vgl. Blackstone III, n. 290: „When the defendant is regularly arrested, *he must either go to prison, for safe custody: or put in special bail to the sheriff*“ (vgl. auch 43 Geo. III. c., 46). *For the intent of the arrest being only to compel an appearance in court at the return of the writ, that purpose is equally answered, whether the sheriff detains his person, ore takes sufficient security for his appearance, called bail (from the French word bailer, to deliver), because the defendant is bailed, or delivered to his sureties, upon their giving security for his appearance.*“

Es bezieht sich die Stelle zwar nur auf private wrongs, sie gibt aber den Grundgedanken der Haft und Kaution nach englischer Auffassung trefflich wieder. Ganz analog dem R. R. ist auch die Zulässigkeit der „bail“ nur ausgeschlossen bei „felonies and other offences of a *capital nature*“ (Blackstone IV, n. 296), indem eben: „No bail can be a security equivalent to the actual custody of the person. For what is there that a man may not be induced to forfeit, to save his own life?“

Allen andern Kantonen sind aber diese beiden Kantone darin vorausgeeilt, dass sie erklären, der Angeschuldigte *bleibt vorläufig auf freiem Fusse*, sofern er nicht flucht- resp. kollusionsverdächtig und sofern kein misslicher Eindruck auf das Publikum zu befürchten ist, und indem sie zugleich die Entscheidung darüber, ob der Angeschuldigte zu sistiren oder mit oder ohne Kautionsleistung auf freiem Fuss zu belassen ist, *ausschliesslich dem Richter anheimstellen*. Vgl. Waadt Art. 66, Neuenburg Art. 72:¹²³⁾

„Le prévenu est admis à *demeurer provisoirement en liberté*, lorsque, prenant en considération la nature de l'infraction et les circonstances de la cause, le juge d'instruction et le procureur général estiment“ — folgt die gleiche Aufzählung wie in P. Art. 66 von Waadt (vgl. § 31).

... „Dans ces divers cas, le juge d'instruction et le procureur général décident si la liberté provisoire peut être accordée *purement et simplement*, ou moyennant une caution, comme il est dit aux articles ci-après.“

IV. Wann ist Kautionsstellung geeignet, die Haft zu verhindern oder aufzuheben?

Die Antwort muss lauten, in allen Fällen, in denen die dadurch bewirkte Garantie dem Richter genügend erscheint. Es sagt darüber Blackstone, III. n. 290:

„The sheriff, if he pleases, may let the defendant go without any sureties, but that is at his own peril: for after once taking him, the sheriff is bound to keep him safely, so as to be forthcoming in court; otherwise an action lies against him for an escape“

und das gleiche gilt bezüglich anderer Personen, die eine Arretirung vornehmen können, wie der coroner und speziell der judge of peace, der bei public wrongs in der Regel die bail entgegennimmt. Blackstone IV. 297 i. f. Das englische Recht stellt es prinzipiell dem Richter anheim, eine Kaution zu verlangen, die Höhe derselben zu bestimmen, oder eine anerotene abzulehnen. Doch sagt Blackstone über letzteres:

„This commitment*) therefore being *only for safe custody*, wherever bail will answer the same intention, it ought to be taken“ (IV. n. 296 i. f.) und:

„And first, to refuse or delay to bail any personailable, is an offence against the liberty of the subject... And less the intention of the law should be frustrated by the justices requiring bail to a greater amount than the nature of the case demands, it is expressly declared by statute (W. & M. st. 2. c. 1) that excessive bail ought not to be required; though what bail

¹²³⁾ Vgl. dazu Cornaz, p. 22.

*) Das heisst die Anordnung des Sicherheitsverhaftes.

should be called excessive, *must be left to the courts, on considering the circumstances of the case, to determine.*" (IV. n. 297.)

Der Richter bestimmt somit die Höhe der Kautions von Fall zu Fall, wird aber unmässige Kautions verlangt, kann an das Obergericht appellirt werden. Doch mag anderseits nicht übersehen werden, dass, wie sich der Sheriff in den Fällen von Privatklage einer Klage auf Gefangenenbefreiung aussetzt, wenn er den Arrestanten ohne Kautions, die vom Kläger genehmigt ist, freilässt, so auch der Friedensrichter dafür haftet, dass der unter Kautions Entlassene auf Vorladung erscheint.

„And on the other hand, if the magistrate takes insufficient bail, he is liable to be fined*) if the criminal doth not appear.“ (Vide Blackstone IV, n. 297 i. f.)

Ist es da richtig, von einem „*formellen Recht des Angeschuldigten auf Entlassung* (von der Haft) *gegen Sicherheitsleistung*“ zu reden, wie es meist, so auch von Melliger (S. 177) geschieht? — Keineswegs. Das Recht stellt wohl die Prämissen auf, unter welchen der Richter einem *Antrag* auf Haftverschonung Folge geben darf, aber es *zwingt* ihn nicht, wenn diese Prämissen vorhanden sind, dem Antrag Folge zu leisten. Damit ist es durchaus vereinbar, dass der Angeschuldigte, resp. die Verteidigung, das Vorhandensein der gesetzlichen Voraussetzungen nachweisen kann, aber es ist dieser Nachweis ein blosser strafprozessualer Antrag, die Ausübung strafprozessualer Parteibefugnisse, über die das Gericht entscheidet. Zudem vergesse man nicht, dass zu den gesetzlichen, allerdings nur stillschweigenden Voraussetzungen die Ueberzeugung des Richters von der durch die Kautions genügend geleisteten Garantie gehört, und die Bildung dieser richterlichen Ueberzeugung ist etwas, das sich dem Einfluss des Gesetzgebers entzieht. Hätten wir es tatsächlich mit einem formellen Recht zu tun, so müsste die Verletzung desselben als Kassationsgrund geltend gemacht werden können, während der die Annahme der Kautions ablehnende Entscheid nur der ordentlichen prozessualen Weiterziehung unterliegt, genau wie der richterliche Entscheid, der ein Ablehnungsgesuch abschlägig bescheidet (vgl. D. Str. P. O. § 26 ff.¹²⁴).

V. Auch unsere Strafprozessgesetze stehen in der Hauptsache auf analogem Standpunkte, indem sie es durchaus dem Richter anheimstellen, eine Kautions anzunehmen oder nicht. Wenn einzelne Gesetze (wie z. B. Freiburg 200) davon reden, dass der Angeschuldigte die Haftverschonung gegen Kautions „verlangen“ könne, so bedeutet das nur, dass er den *Antrag* stellen kann, und keineswegs, dass der Richter gebunden sei, diesem Antrag Folge zu leisten. Dass dieses Antragsrecht in einer so kategorischen Form ausgedrückt ist, rührt wesentlich nur davon her, dass der Angeschuldigte als Partei, und

*) Das heisst mit Geldstrafe belegt.

¹²⁴) Vgl. Glaser, Hdb. II, S. 125.

damit sein Recht, Inzidententscheidungen herbeizuführen, sonst kaum anerkannt ist. In diesem „verlangen können“ ist auch das formelle „Rekursrecht“ ausgedrückt, weiter aber auch gar nichts (vgl. Freiburg Art. 210). Einzig Genf geht etwas weiter; es bestimmt in Art. 10 de la loi constitutionnelle sur la liberté individuelle etc. v. 23. April 1849:

„Tout arrêté en vertu d'un mandat *a le droit*: 2° de *demander en toute état de cause, sa mise en liberté provisoire, sous caution* de se représenter à tous les actes de la procédure, et pour l'exécution du jugement aussitôt qu'il en sera requis.

La liberté provisoire sous caution sera toujours accordée lorsqu'il s'agira de délits correctionnels, à moins que le prévenu n'ait déjà subi une condamnation pour crime ou qu'il ait laissé contraindre sa caution.“

Hier können wir allenfalls von einem formellen Recht auf Haftverschonung reden. Doch muss auch da noch betont werden, dass dieses Recht nicht ganz vollkommen ist, weil das Gesetz den Betrag einer allfälligen Barkaution zu normiren vergass. Dagegen kann mittelst Bürgschaft dreier solventer Personen (Art. 11 *ibid.*) die Stellung auf freien Fuss *erzwungen* werden. In diesem Falle allein können wir von einem formellen Rechte des Angeschuldigten reden.

Vollkommen stimme ich mit Melliger überein, wenn er ein formelles Recht auf Haftverschonung gegen Kaution verwirft. Aber ebenso muss ich es bekämpfen, wenn die Kantone Luzern 92, Obwalden 32, Nidwalden 19, Wallis 119, Schwyz 203, 204 die Belassung auf freiem Fuss auf leichtere Delikte *beschränken*, und somit dem richterlichen Ermessen Zwang antun. Auch die gesetzliche Limitirung der Kaution (z. B. Waadt 86, Freiburg 202, Wallis 122) ist anfechtbar, weil das richterliche freie Ermessen bindend.

Endlich mag noch erwähnt werden, dass Appenzell A. Rh. keine Freilassung gegen Kaution kennt.

§ 38.

Die Pflicht des Angeschuldigten zur Aussage.

I. Dem Grundprinzipie jedes accusatorischen Prozesses widerspricht es, den Angeschuldigten durch direkten oder indirekten Zwang zur Aussage und zum Geständnis zu bringen. „For at the common law, *nemo tenebatur prodere se ipsum: and his fault was not to be wrung out of himself, but rather to be discovered by other means and other men*“ sagt Blackstone IV, n. 296,3 über das alte englische Recht, und im Rechte von New-York wird sogar dem Angeschuldigten bemerkt (Anmerkung 3 zu Chitty's Blackstone, II. Bd., IV. Buch, S. 241): „that he is not bound to answering for so long a period“, d. h. so lange er sich nicht mit seinem Rechtsbeistand beraten konnte. Darin kommt klar zum Ausdruck, dass die Vernehmung des Angeschuldigten nicht im Interesse der Anklage, sondern in seinem

eigenen Interesse, zum Zwecke der Verteidigung erfolgt und dass er mithin nicht verpflichtet ist, Fragen, die seine Stellung gefährden, zu beantworten.

Der Inquisitionsprozess dagegen bedarf der Aussage des Angeeschuldigten notwendigerweise. Ganz unverfroren verwendet er denselben als Beweismittel gegen sich selbst, ja er scheute sich zur Zeit seiner Entartung nicht, die sog. Wahrheit mittelst der Folter aus dem Angeeschuldigten zu erpressen.¹²⁵⁾ Es war dieses inquisitorische Verfahren somit dazu gelangt, nicht nur eine Pflicht des Angeeschuldigten zur Aussage überhaupt, sondern auch zur *wahrhaften* Aussage zu stipuliren. Begründet wurde diese Pflicht und die zur Erfüllung derselben angewendete Zwangsgewalt mit dem vom Inquisitionsprozess behaupteten disziplinarischen Subjektionsverhältnis des Angeeschuldigten. (Vgl. Biener, Engl. Geschwornengericht, II. 129.)

II. Für den modernen Accusationsprozess muss aber eine Pflicht zur Aussage neuerdings bestritten werden. Man sagt zwar, der Angeeschuldigte dürfe einvernommen werden. Daraus darf aber keineswegs gefolgert werden, „er sei verbunden, die Wahrheit auch gegen sich selbst auszusagen, sich selbst anzuschuldigen“.¹²⁶⁾ Freilich führt die Anerkennung dieser Prinzipien dazu, ein „Recht des Leugnens“ anzuerkennen.¹²⁷⁾ Ist der Angeeschuldigte pflichtig, einerseits auszusagen, anderseits aber durchaus nicht verpflichtet, *gegen sich*, überhaupt zu seinen Ungunsten auszusagen, so muss er eben lügen, wenn er der Pflicht zur Aussage genügen und dabei doch seine Position nicht gefährden will. Die Pflicht der Selbsterhaltung, und die Pflicht, die Wahrheit zu sprechen — die „moralische Pflicht zur wahrhaften Aussage“ Oesterreichs¹²⁸⁾ — gelangen eben notwendig in Konflikt miteinander, und wenn die Pflicht zur Selbsterhaltung den Sieg davon trägt, so kann man kaum deshalb dem Angeeschuldigten einen Vorwurf machen.

¹²⁵⁾ Dass die Folter ursprünglich nur Wahrheitserforschungsmittel und damit gewissermassen ein Strafmittel für hartnäckiges Leugnen war, ergibt sich daraus, dass sie anfänglich erst *nach* der Vernehmung des Angeeschuldigten, also wohl nur, wenn seine Aussagen unglaublich erschienen, angewendet wurde. Vgl. Carpzov, quaest. 113 de exam. inquisiti, N° 13: „... Sequitur quod nec inquisitio legitima constat, *antequam delinquentus* interrogetur.“ ...

¹²⁶⁾ Vgl. Biener II., 132.

¹²⁷⁾ Vgl. Sundelin, in Goltdammers Archiv 1858, S. 628: „Man erkennt längst an, dass weder die Anwendung irgend eines äusseren oder inneren Zwanges, um ein Geständnis zu erlangen, noch die Anwendung von Strafen auf den der Anschuldigung Widersprechenden oder Schweigenden, dem Zwecke und Wesen des Strafverfahrens entspricht. Nur versteht sich die *Praxis* ebenso wenig zur Anerkennung des entgegengesetzten Extrems, dass von aller Einwirkung auf das Gewissen des Beschuldigten abzusehen, dass er ein *Recht* auf das Leugnen oder Verweigerung jeder Antwort habe.“

¹²⁸⁾ Vgl. Oesterr. Str. P. O. §§ 198 ff., dazu Motive I, S. 715, und die berechtigte Kritik Ullmanns, in Holtzendorffs Hdb. I. 88, ebenso Geyer, § 141.

Zweifellos entspricht es aber höchst wenig der Würde des Gerichtes, mit Gewalt Lügen aus einem Angeschuldigten herauszupressen, und wir müssen daher sagen, dass der Accusationsprozess konsequenterweise auch ein Recht der Verweigerung der Aussage anerkennen muss, wenn wir nicht kurz und entschlossen uns zur Anerkennung des Satzes, *der Angeschuldigte ist aussageberechtigt, aber nicht aussagepflichtig*, bequemen wollen. In der Tat entspricht dieses Prinzip allein dem accusatorischen Verfahren. Der Angeschuldigte soll gehört werden, soweit er es verlangt; aber er ist nicht zu verhö- ren, sondern zur Selbstäusserung darüber zu veranlassen, was er zu seiner Verteidigung vorbringen will. Man braucht ihm nur das Belastungsmaterial vorzuführen und man wird in den meisten Fällen erleben, dass er von selbst dazu kommt, die Gelegenheit, sich zu ver- teidigen, zu benutzen, so dass es nur des ergänzenden Aufmerksam- machens auf einzelne dunkel gebliebene Punkte bedarf, um das, was der Angeschuldigte aussagen *will*, zu erfahren.

III. Keine unserer kantonalen Strafprozessordnungen, und eben- sowenig der Bund, haben es gewagt, dem Angeschuldigten das Recht zuzustehen, gleich einem Zeugen seine Aussage zu verweigern, wie es die frühere braunschweigische Str. P. O. § 43 tat. Und doch kann nicht genug auf die absonderliche Inkonsequenz hingewiesen werden, die in der diesbezüglichen Behandlung von Zeugen und An- geschuldigten zu Tage tritt. Für den modernen Strafprozess ist doch die Aussage des Angeschuldigten nichts anderes als Zeugenaussage. Es kann ihr durchaus keine andere Bedeutung zugelegt werden; ebensowenig, wie der Selbstdenunziation eine andere Bedeutung zu- gewiesen werden kann, als jeder gewöhnlichen Anzeige. Und nun wird dem einfachen Zeugen, der sehr oft selbst zum Mitangeschul- digten wird, ohne weiteres das Recht eingeräumt, Aussagen, die ihn kompromittiren könnten, zu verweigern. Also im blossen Hinblick auf die sehr unbestimmte Möglichkeit, sich zu schaden, wird der Zeuge von der Aussagepflicht entbunden, während der Angeschuldigte dafür zu positiver Verschlechterung seiner Position gezwungen wird, sobald er verpflichtet ist, auf alle Fragen wahrheitsgemäss Antwort zu geben. Zeugenaussagen und Aussagen des Angeschuldigten sind durchaus von derselben Bedeutung. Der Fall ist nicht zu selten, wo der Angeschuldigte zum Zeugen und der Zeuge zum Angeschul- digten wird; wem fällt es da ein, etwa die Verhöre zu wiederholen, oder den bisher ergangenen Aussagen eine andere und neue juristische Bedeutung zuzulegen?

Unsere Strafprozessordnungen stehen aber alle auf dem ent- gegengesetzten Standpunkt, wie übrigens die andern kontinentalen Strafprozessgesetze auch.¹²⁹⁾ Es wird da fast allgemein direkt und allermindestens indirekt eine Pflicht des Angeschuldigten, auszusagen, anerkannt.

¹²⁹⁾ Vgl. darüber die sehr hübsche Kritik *Wahlberg's* (Kl. Schriften II, 297).

a. Begreiflich und logisch ist das in den Kantonen mit inquisitorischer Beweiserbringung. Immerhin sind die modernen Anschauungen so weit durchgedrungen, dass die Aussage nicht mehr erzwungen wird. Eine Ausnahme machen allein Wallis, Schaffhausen und Schwyz, entsprechend der Antiquität ihrer Gesetze. Vgl. Wallis Art. 139:

„Si le prévenu refuse obstinément de répondre aux questions, qui lui sont adressées, il pourra être mis en arrestation, et l'enquête est continuée malgré cette résistance“

und Schwyz § 158:

„Verharret er auf seiner Weigerung auch im folgenden Verhör, so soll er 1—4 Tage zu Wasser und Brot gesetzt werden, bei fortdauerndem Ungehorsam darf die Strafe wiederholt und erforderlichen Falles mit längerer Haft verbunden werden“

sowie Schaffhausen Art. 21:

„Würde sich der Inquisit in einem Verhöre hartnäckig weigern, die ihm vorgelegten Fragen zu beantworten, oder sich überhaupt eines lügenhaften, groben, beleidigenden, unanständigen Betragens gegen das Verhöramt schuldig machen, so kann derselbe mit Verschärfung des Gefängnisses, mit Fesseln, mit Schmälern der Kost oder mit körperlicher Züchtigung mittelst Streichen bestraft werden.“

Praktisch kommen aber diese Zwangsmittel wohl kaum mehr in Anwendung.¹³⁰⁾

Freilich wird dagegen von den Kantonen dieser Gruppe, wie auch von denen mit gemischtem Verfahren, *moralischer Zwang* angewendet, nämlich die Drohung gegenüber dem Angeschuldigten, dass sein Schweigen als Schuldinzicht aufgefasst werden könne, resp. würde. Vgl. St. Gallen P. 113, Luzern 146, Freiburg 171, Bern 205, Glarus 81. Schwyz sagt sogar in § 156 geradezu:

„Verweigert der Angeschuldigte entweder alle Antwort oder die Antwort auf bestimmte Fragen, so hat dies die Wirkung einer für seine Schuld sprechenden Anzeige.“

b. Die Kantone mit accusatorischer Beweiserbringung dagegen haben dieses Schreckmittel fallen lassen, allein ausgenommen unser jüngstes Gesetz, Tessin Art. 136, das immerhin noch die väterliche Ermahnung gegenüber dem Angeschuldigten zulässt „che il suo silenzio potra essere interpretato contro di lui“ und sich somit dieses Stimulans zur Aussage unbequemer Tatsachen nicht entschlagen will. Zwang wird in den übrigen Kantonen dieser Gruppe, gleichviel, ob er direkter oder indirekter sei, verpönt. Freilich wird ein Recht, zu schweigen, dabei nicht anerkannt. Im Gegenteil, Waadt Art. 230, Neuenburg Art. 265 und Genf Art. 102 reden ausdrücklich von einer Aussage-

¹³⁰⁾ Bezüglich Schaffhausen vgl. Bolli, S. 3 und 132.

pflicht. Dafür erklären aber Aargau P. 241, Thurgau G. G. 68 e., Baselstadt P. 37 ausdrücklich, dass die Weigerung des Angeschuldigten, auszusagen, keinen Einfluss auf die Prozedur habe, und anerkennen damit *stillschweigend* das Recht des Beschuldigten, seine Aussage zu verweigern. Sehr hübsch meint Aargau P. 241:

„Der Richter soll ihn auf die gegen ihn sprechenden Tat-umstände aufmerksam machen und demselben erklären, dass seine Weigerung im Protokoll bemerkt werde, und dass er sich durch sein Schweigen seines besten Entlastungsmittels, der Entkräftung dieser Verdachtsgründe, selbst begeben.“

Im übrigen kennzeichnet sich der Standpunkt der betreffenden Gesetzgebungen jeweils am besten in der:

IV. *Art der Einvernahme.* A. In den Kantonen mit inquisitorischer Beweiserbringung bezweckt die Einvernahme noch durchaus die Erzielung des Geständnisses. Interessant Schwyz P. §§ 154 und 155, welche die gesamten Regeln der Inquisitionskunst wiedergeben:

§ 154: „Will dagegen der Beklagte nicht von selbst angeben, warum er in Untersuchung gezogen worden ist, und sind erhebliche Beweise für die Schuld desselben vorhanden, so soll der Verhörriechter ihm die daherigen Gründe der Untersuchung allmählig eröffnen. Wo mehrere Ursachen vorhanden sind, wird diejenige zuerst eröffnet, welche den dringendsten Verdacht begründet, während von den übrigen je nach dem Ermessen des Inquiriten in den späteren Verhören Gebrauch gemacht wird. Die Eröffnung beginnt z. B. mit den direkten Beweismitteln, wie Urkunden, Ergebnis des Augenscheins, Zeugenaussagen, während die indirekten Beweise, die Anzeigen, erst dann in Erwähnung kommen, wenn das Schlussverhör abgehalten wird, *worin alle möglichen Beweisgründe zusammengestellt und durch ihre Kongruenz zu einer überraschenden logischen Ueberführung benutzt werden.*“

§ 155: „Stehen aber dem Verhörriechter nur schwache Beweismittel zu Gebote, welche keinen dringenden Verdacht zu erzeugen vermögen, so soll er durch allgemeine Befragung, durch den Vorhalt einzelner, sich nicht unmittelbar auf die Tat beziehender Widersprüche und sich ergebender Unwahrheiten, sodann durch den allmählichen Vorhalt einzelner Verdachtsgründe oder Umstände der Tat *den Inquisiten zum Geständnis zu bringen suchen.* Endlich soll der beharrlich leugnende Angeschuldigte aufgefordert werden, sich gegen die gemachten Vorhalte zu rechtfertigen.“ (Vgl. damit Obwalden Art. 57, Schaffhausen § 19.)

Das frühere artikulierte Verhör ist nirgends mehr Rechtens, wohl aber das jenes zum Teil ersetzende Schlussverhör in den Kantonen Schwyz, Obwalden, Nidwalden, und wohl auch in Uri und Schaffhausen. In diesem Schlussverhör werden die Beweisgründe rekapituliert und dem Angeschuldigten nochmals, zwecks Ueberführung

desselben, vorgeführt. Dagegen haben die Kantone Wallis und Appenzell auch das Schlussverhör fallen lassen; in praxi ist aber ein Unterschied gegenüber dem Verfahren der übrigen fünf Kantone kaum bemerkbar.

Ausdrücklich sind dagegen ausgeschlossen:

a. Anwendung von Drohungen, Versprechungen, Vorspiegelungen u. dgl., um ein Geständnis zu erzielen. (Vgl. Schwyz 157, Wallis 140, Schaffhausen 18; Obwalden verbietet wenigstens in Art. 39 die Anwendung von Ruthenstreichen.) Freilich harmoniren diese schönen Bestimmungen schlecht mit der Zulassung von Strafen wegen Verweigerung der Aussage. (Vgl. III.)

b. Stellung sog. dunkler, zweideutiger und verfänglicher Fragen (suggestive und kaptiöse nennen sie die Gesetze¹³¹); vgl. Nidwalden 54, 3, Schwyz 156, Schaffhausen 19, Obwalden 58. Doch sind sie zugelassen, wenn auf andere Weise eine Ueberführung nicht möglich war; in Obwalden 58, Abs. 2, und Nidwalden 54, Abs. 4. Schwyz schliesst zudem nur die kaptiösen und Schaffhausen nur die Suggestivfragen aus.

Die Stellung solcher Fragen bewirkt aber nicht, wie dies früher mancherorts der Fall war, absolute Nichtigkeit des Verfahrens, sondern bloss die Nichtberücksichtigung des durch derartige Manöver erzielten Geständnisses (vgl. Schwyz 156). Es erklärt sich diese Abschwächung der Folgen aus dem in praxi doch auch bei den inquisitorischen Gerichten mehr oder weniger gehandhabten Grundsatz der freier Beweiswürdigung.

Konfrontation ist noch im vollen Umfange zulässig, und zwar nicht nur zum Zwecke der Agnoszierung und Lösung allfälliger, auf andere Weise nicht aufzuhellender Widersprüche, sondern als „medium eruendi veritatem“, zum Zwecke der Ueberführung des Angeeschuldigten (vgl. Obwalden 67, Nidwalden 50, Schwyz 163, Wallis 170). Aehnlich dem österreichischen Gesetzbuch von 1803, I, S. 388, räumt aber Wallis bereits dem Angeeschuldigten das Recht ein, auch seinerseits Konfrontation zu verlangen.

Das *Geberdenprotokoll* der C. C. C. 71 wird noch ausdrücklich verlangt von Schwyz 164 und Obwalden 60; die übrigen Kantone haben es beseitigt. Damit ist aber die Bemerkung zu Protokoll, dass sich der Angeeschuldigte bei dieser oder jener Gelegenheit auffällig benommen habe, keineswegs ausgeschlossen.¹³²) Im Gegenteile, meines Erachtens muss dies geschehen, sobald der Tonfall der Stimme, das Mienenspiel etc. einer Antwort eine andere Deutung geben, als sie beim Lesen derselben gesucht würde. Vom Geberdenprotokoll unterscheiden sich diese Notizen aber fundamental dadurch, dass sie dem Angeeschuldigten vorgelesen werden müssen und nicht im Geheimen niedergeschrieben werden dürfen.

¹³¹) Vgl. l. 1, § 21, Dig. de quaest. 48, 18; C. C. C. Art. 56. Darüber Parst: „Ueber Suggestivfragen und ihre Gefährlichkeit“, 1810.

¹³²) Dagegen Holtzendorff, Hdb. I, S. 582, und Geyer § 144, III. Anm.

B. Mit dem Eindringen accusatorischer Grundsätze in die Art der Beweiserbringung musste sich auch die Auffassung von den Zielen der Einvernahme des Angeschuldigten ändern. Zunächst musste sich die Erkenntnis Bahn brechen, dass das Geständnis durchaus nicht mehr zur Ueberführung des Angeschuldigten notwendig sei. Daher sagt Zug § 43:

„Auch darf zur Erzielung eines Geständnisses, *da dasselbe zur Verurteilung des Angeschuldigten nicht wesentliches Erfordernis ist*, weder die Haft noch die Untersuchung überhaupt verlängert werden.“ (Vgl. Graubünden § 25.)

Damit ist denn auch ohne weiteres die Verpönung von Zwangsmitteln, zwecks Erzielung des Geständnisses wie der Aussage überhaupt, gegeben.

Da aber die Untersuchung nach wie vor vollständiges Urteilmaterial erbringen soll, ist es klar, dass das Geständnis als ein wesentliches, wenn auch nicht mehr notwendiges Mittel zur Erlangung dieses Materiales betrachtet wird. *Das Geständnis ist erwünscht, aber nicht mehr Hauptsache*. Daraus ergeben sich folgende Konsequenzen:

a. Die Pflicht zur Aussage bleibt aufrecht; vgl. Bern 205, Freiburg 157, ferner St. Gallen P. 108:

„Das erste Verhör beginnt mit einer angemessenen Ermahnung zur Wahrheit.“

Die Untersuchung bleibt in der Hauptsache Verhör des Angeschuldigten; es wird immer noch inquirirt. Die Anwendung realen Zwanges ist untersagt (vgl. Zug 43, Graubünden 25), aber zulässig der Vorhalt, dass die Weigerung zu Antworten als Schuldinzicht aufgefasst werden könne (vgl. Luzern 146, Freiburg 171, Bern 205, Glarus 81, St. Gallen 113, Zug 43, Graubünden 26).

b. Der Angeschuldigte wird mit dem gegen ihn vorliegenden Belastungsmaterial bekannt gemacht, nicht nur um ihn womöglich damit zu überführen, sondern auch um dasselbe kennen zu lernen zum Zwecke der Verteidigung. Widersprüche dürfen vorgehalten werden; die Belastungsmomente werden schrittweise eröffnet (vgl. Zug 40, Graubünden 25, Freiburg 175, Bern 208, Glarus 76). Charakteristisch namentlich St. Gallen P. 108:

„Der Untersuchungsbeamte hat den Angeschuldigten, soweit tunlich, schon im ersten Verhör von den gegen ihn vorliegenden Verdachtsgründen in Kenntnis zu setzen, und ihm auch in der Folge ohne Säumen *vollständig Gelegenheit zur Entfernung des Verdacht*es und zur Rechtfertigung zu geben, beziehungsweise in rascher Folge die für seine Schuld sprechenden *Vorlagen zur Erlangung eines Bekenntnisses* zu benützen.“¹³³⁾

¹³³⁾ Der Zwiespalt zwischen accusatorischen und inquisitorischen Maximen kommt hier aufs deutlichste zum Ausdruck. Die Vernehmlassung soll einerseits dem Angeschuldigten Gelegenheit geben, sich zu verteidigen, anderseits aber auch womöglich dem Untersuchungsbeamten das Mittel zur Ueberführung des Angeschuldigten an die Hand geben.

Aus der grösstenteils noch inquisitorischen Auffassung des Verhörs des Angeschuldigten erklärt sich der grosse Gebrauch, der in diesen Kantonen von der *Konfrontation* gemacht wird. Dieselbe ist immer noch ein Mittel zur Herbeiführung des Geständnisses (vgl. Zug 38, St. Gallen P. 102, Luzern 161); einzig Bern, Freiburg und Glarus lassen die Konfrontation nur mehr zwecks Agnoszierung zu.

c. In den Kantonen mit bloss accusatorischer Beweiserbringung kommt endlich die Ueberzeugung, dass es für den Accusationsprozess kein Verhör, sondern nur noch eine Vernehmlassung gebe, zum Durchbruch. Die meisten Kantone enthalten dem Muster Zürichs nachgebildete Bestimmungen; letzteres bestimmt in § 881:

„Der Angeschuldigte ist vorerst über Namen, Alter, Wohnort, Heimat, Beruf, über seine Familien- und allfälligen militärischen Dienstverhältnisse, sowie auch darüber, ob er schon früher bestraft worden sei, *zu befragen*“ (vgl. Aargau P. 238, Tessin 134, Baselstadt P. 37)

und in § 882:

„Dem Angeschuldigten ist die strafbare Handlung, welche ihm zur Last gelegt wird, im allgemeinen zu bezeichnen. *Er ist zu veranlassen, sich über den Gegenstand der Anschuldigung zu äussern.*“

„Die weitere Befragung ist auf Ergänzung der diesfälligen Erzählung und auf die Beseitigung etwaiger Dunkelheiten zu richten.“ (Vgl. Aargau P. 239, 240, Baselstadt P. 37, Tessin 134, Solothurn § 163, Abs. 2.)

Die Kantone Neuenburg, Waadt und Genf stehen auch in Bezug auf das Verhör des Angeschuldigten wieder auf inquisitorischem Boden. Der Angeschuldigte ist aussagepflichtig (Waadt 230, Genf 102, Neuenburg 205). Die Untersuchung tendiert auf Erzielung eines Geständnisses, darum die Zulässigkeit der „mise au secret“ und die Anwendung der Konfrontation zur Ueberführung. Klar kommt das zum Ausdruck in Art. 202 des C. P. P. von Neuenburg, wo speziell in Abs. 2 gesagt ist:

„La formalité de la confrontation du prévenu avec les témoins pourra être *supprimée* lorsque l'accusé aura fait des *aveux complets*, mais dans la règle elle sera conservée entre le prévenu et le plaignant.“

Ob in den deutsch-schweizerischen Kantonen der accusatorischen Gruppe die Praxis wirklich ganz so liberal ist, wie es die Gesetzgebung zu wünschen scheint, lässt sich bezweifeln. Wenigstens sehen sich die Gesetzgeber doch sammt und sonders veranlasst, die Anwendung von Drohungen, Versprechungen u. s. w. zu verbieten (vgl. Baselstadt P. 37, Aargau P. 248, Zürich 888, Tessin 136, Solothurn 164), und ebenso die Stellung von kaptiösen und Suggestivfragen (vgl. Baselstadt P. 37, Tessin 134, Abs. 4, Zürich 884, Aargau

P. 242). Darin liegt denn doch entschieden ein Misstrauensvotum gegenüber der Praxis, wenn nicht etwa die Bestimmungen gedankenlos aus alten Strafprozessordnungen herübergenommen worden sind, ohne dass der Gesetzgeber sich bewusst wurde, dass sich das alles für ein accusatorisches Verfahren von selbst verstehe.¹³⁴⁾

Konfrontationen vertragen sich mit dem accusatorischen Prinzip nur in so weit, als dadurch die Identität des Angeschuldigten festgestellt werden muss, und sofern der letztere selbst sie verlangt. Das Argument der Lösung von Widersprüchen verfängt für das accusatorische Verfahren um dessen willen nicht, weil in diesem nur die Hauptverhandlung Beweis erbringt und eine Lösung der Widersprüche schon deshalb dieser vorzubehalten ist, weil so der *erkennende* Richter einen persönlichen Eindruck von der Wirkung der Konfrontation auf Angeschuldigten und Zeugen erhält, und diese unmittelbare eigene Wahrnehmung dem Urteil mit zu Grunde legen kann.

De lege lata lassen aber Baselstadt P. 37, Zürich 879, Solothurn 157 die Konfrontation zu, „wenn sie zur Vereinfachung der Hauptverhandlung absolut nötig erscheint“. Praktische Bedenken scheinen da mitgespielt zu haben.

Ueber *Disziplinarstrafen* siehe § 36 V.

III. Rechte des Angeschuldigten.

§ 39.

A. Der Anspruch auf rechtliches Gehör.

I. Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist die Kehrseite der Pflicht, auszusagen. Je mehr die letztere geltend gemacht wird, um so weniger kann von einem Rechte darauf, sich hören zu lassen, geredet werden, und umgekehrt. Der Inquisitionsprozess anerkennt denn auch keinen Anspruch auf rechtliches Gehör. Dagegen muss er eine richterliche Pflicht stipuliren, den Inkulpaten auch über das zu befragen, was er zu seiner Entlastung geltend machen kann. In dieser richterlichen Amtspflicht, unparteiisch die Beweise pro und contra zu erheben, findet der Angeschuldigte die einzige und sehr zweifelhafte Garantie dafür, dass auch seine Interessen in der Untersuchung gewahrt werden. Wohl war es ihm unbenommen, auf Entlastungsbeweise aufmerksam zu machen, aber er konnte die Aufnahme derselben nicht erzwingen, da der Untersuchungsrichter mit vollständig diskretionärer Gewalt über die Anträge des Angeschuldigten entschied.

Im *reinen* Accusationsprozesse dagegen ist der Richter an der Sammlung des Anklagematerials ebensowenig oder richtiger nur *so viel*

¹³⁴⁾ Ganz richtig bemerkt auch Cornaz, S. 51, darüber: „Cela nous paraît aller de soi.“

beteiligt, als an der Sammlung der Entlastungsbeweise, d. h. nur so weit seine richterliche Zwangsgewalt in Anspruch genommen wird, gleichviel ob vom Ankläger oder vom Angeklagten. (Vgl. Blackstone III, n. 293—313 of pleading.) Der Richter steht unbeteiligt über den Parteien, was immerhin nicht hindert, dass er da, wo nach seiner Rechtsüberzeugung zu Gunsten oder Ungunsten der Parteien das Beweismaterial unvollständig oder unrichtig ausgenützt wurde, seine richterliche Korrektur eintreten lässt, indem er fehlende Beweise von sich aus erhebt oder erheben lässt. Jedenfalls aber steht der englische Richter zu aller Zeit dem Angeschuldigten so gut zur Verfügung, wie dem Ankläger. Das ganze Verfahren ist so eingerichtet, dass ersterer immer *zugleich* mit dem letzteren gehört wird.

II. Zwischen den beiden Extremen bewegen sich unsere schweizerischen Strafprozessordnungen. Absolut negiert ist der Anspruch auf rechtliches Gehör nirgends. Auch die Kantone mit vorwiegend inquisitorischem Verfahren anerkennen ihn in beschränktem Umfange.

* * *

Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst:

A. Das Recht auf Kenntnisnahme von den Schritten und dem Beweismaterial des Anklägers, d. h. auf Parteienöffentlichkeit.

Es ist dies der Punkt, bezüglich dessen sich die grössten Divergenzen zeigen müssen. Das Ideal zeigt uns England. In allen entscheidenden Momenten des Verfahrens ist der Angeklagte gegenwärtig und wirkt er *defendendo* mit. Ganz anders der entartete Inquisitionsprozess, der alle Zwangsmittel gegenüber dem Inquisiten zuliess, ohne dass diesem vorher Gelegenheit zur Verteidigung gegeben war. Er setzte sich zwar damit über C. C. C. 47 hinweg und verleugnete selbst die später ausgebildete „*defensi o pro avertenda inquisitioni speciali*“.¹³⁵⁾ Dem reformirten Verfahren blieb es vorbehalten, eine Wendung zum Bessern einzuführen mit der Institution des sog. ersten Verhörs (vgl. § 36, IV). Auch die Kantone, welche am rein inquisitorischen Verfahren festhielten, acceptirten das Institut. Es erhält demnach der Angeschuldigte während der Dauer der Untersuchung nur soweit Kenntnis von dem Belastungsmaterial, als der Richter ihm dieses von sich aus zur Kenntnis bringt, allerdings mit der Bestimmung, dass diese Kenntnissgabe bei Gelegenheit des ersten Verhöres eine etwas umfangreichere und vollständigere zu sein habe. Freilich fehlt ja der letzten Massregel der richtige Wert, so lange nicht zu diesem Verhör der Verteidiger zugezogen wird.

Dagegen wird das Recht auf Kenntnisnahme von den Schritten des Gegners und seinen Beweisen anerkannt in den Kantonen mit vorwiegend accusatorischem Verfahren. In diesem Recht ist inbegriffen:

1. *Recht auf Kenntnisnahme von den Akten schon während der Untersuchung, sei es in Person oder durch den Verteidiger.*

¹³⁵⁾ Vgl. Carpzov, prax. rer. crim. quaest. 115, n. 21.

Es wird diesbezüglich ein gewisser Unterschied gemacht zwischen *Kenntnisgabe* schlechthin (Vorlesen etc.) und direkter Berechtigung zur *Akteneinsicht*. Das Richtige ist das letztere, denn nur so ist der Verteidiger im stande, die Grundlagen der Verteidigung zu *studieren*. Der Hauptgrund der Verweigerung direkter Akteneinsicht scheint das dem Angeschuldigten gegenüber allerdings in Etwas gerechtfertigte Misstrauen zu sein.

Die *Kenntnisgabe des Akteninhaltes* wird verlangt von Zürich 883, Aargau P. 243 und zwar sämtlicher Akten ebensowohl in den andern Kantonen dieser Gruppe, ausgenommen Baselstadt, das sich nach P. § 37 damit begnügt, dass „die *wesentlichen* Ergebnisse der Zeugenaussagen, sowie andere Beweismittel, seien dieselben zu Gunsten oder Ungunsten des Angeschuldigten“, dem letzteren zur Kenntnis gebracht werden.

Akteneinsicht wird dagegen gewährt:

- a. Nur dem Verteidiger, in Tessin Art. 62 und Neuenburg Art. 182. In Solothurn *kann* die Akteneinsicht dem Verteidiger während der Untersuchung eingeräumt werden (§ 58). Dabei dürfen demselben aber das Protokoll über die Einvernahme des Angeschuldigten und allfällige Sachverständigen-Gutachten überhaupt nicht vorenthalten werden.
- b. Auch dem Angeschuldigten, aber nur fakultativ, in Zürich 784 und nach P. 243 auch in Aargau.

Geradezu ideal ist die Bestimmung von Genf Art. 63:

„En matière criminelle, la copie de toutes les pièces de la procédure est délivrée à l'inculpé, sans frais et sur papier libre, avec la signature du greffier, cinq jours au moins avant que la chambre d'instruction ait à statuer.“ (Vgl. auch Art. 135.)

Etwas ähnliches scheint die Bestimmung von Baselland P. § 9 zu wollen:

„Die von einer Partei angebrachten Beweise sind der andern mitzuteilen, damit dieselbe allfällige Gegenbeweise geltend machen kann.“

Sicherlich wäre die Mitteilung der Akten in Abschrift die konsequenteste und unbedenklichste Art, dem Angeschuldigten die Beweismittel zur Kenntnis zu bringen; die allgemeine Einführung dürfte aber, so wünschenswert sie erscheint, an der Kostenfrage scheitern. (Vgl. § 41, III.)

2. *Recht auf Teilnahme an den wichtigeren Untersuchungshandlungen*. Erst die Anerkennung dieses Rechtes schafft die eigentliche, direkte Parteienöffentlichkeit. Das Vorbild ist hier durchaus England. Bei uns begnügt man sich meist damit, nur den Verteidiger an den Untersuchungshandlungen teilnehmen zu lassen, und auch das gilt nicht allgemein und nicht für alle wichtigen Untersuchungshandlungen.

Den *Angeschuldigten* lassen teilnehmen Zürich § 784, Aargau P. § 233, Genf Art. 64, und zwar erstere beiden in allen Fällen, sobald „förmliche Verhandlungen“ vor dem Untersuchungsrichter erfolgen, letzteres nur „lorsque le procureur général ou l'inculpé en fait la demande“.

Bezüglich der *Teilnahme des Verteidigers* gilt:

- a. Dieselbe ist *unbeschränkt* in Zürich, Genf und Aargau, vgl. namentlich P. § 129:

„Der Sachwalter des Angeschuldigten *darf niemals von den Untersuchungshandlungen ausgeschlossen werden*“ (vgl. §§ 233, 243).

- b. Sie ist *beschränkt* auf Augenscheinaufnahmen und Haussuchungen (Waadt 169, Tessin 156). Nimmt aber im Kanton Waadt der Staatsanwalt an den Zeugen- und Angeschuldigten-Einvernahmen teil, so ist auch der Verteidiger zuzulassen.

- c. Sie ist *ausgeschlossen*, wie die des Angeschuldigten selbst, in Baselstadt, Thurgau, Solothurn und Neuenburg.

Es ist aber auf die Bestimmung von P. Art. 184 von Neuenburg aufmerksam zu machen:

„Dans les causes pour lesquelles il est nommé un défenseur d'office, le mari d'une accusée, ou à défaut du mari, son père et le tuteur d'un accusé mineur, *seront toujours admis*, sur leur demande, à être entendus dans les débats et à s'expliquer sur les dires des témoins et les rapports des experts.“

Es dürfte sich fragen, ob diese Intervention nicht vielmehr in der Untersuchung erfolgen sollte.

B. Das Recht, Anträge zu stellen. Dieses Recht besteht darin:

1. *Sich vor oder unmittelbar nach der Verhaftung zu verteidigen und rechtliches Gehör zu verlangen.* Wir haben gesehen, dass diese Seite des Rechtes in dem Institute des sogen. ersten Verhörs sozusagen allgemein anerkannt ist, wenn auch der Wert ein beschränkter ist.

2. *Während der Untersuchung Anträge zu stellen.* Der Untersuchungsprozess überlässt es völlig dem Ermessen des Untersuchungsrichters, diesen Anträgen Folge zu leisten. Der Angeschuldigte wird ausgehört und hat kaum Gelegenheit zu selbständiger Darstellung der Tat, ausgenommen bei Geständnissen (vgl. Obwalden Art. 55, Schwyz 153; dagegen Nidwalden § 54, das überhaupt auf einem wesentlich liberaleren Standpunkt steht).

Andererseits liegt es aber in der Amtspflicht des Inquirenten, den Angeschuldigten nach etwaigen Entlastungsmomenten zu fragen; vgl. Wallis Art. 142:

„Si le prévenu n'indique pas de son propre mouvement les circonstances ou des témoins à décharge, on doit, dans le cours de l'enquête, l'interpeller s'il en a à indiquer.“

„L'interpellation faite au prévenu, ainsi que sa réponse doivent être mentionnées au protocole.“

In den Kantonen mit gemischtem Verfahren muss sich das Verhältnis so gestalten, dass der Angeschuldigte einerseits das Recht hat, von sich aus Anträge zu stellen, denen der Richter entsprechen soll, soweit nicht gerade offenbare Verschleppung beabsichtigt ist; vgl. St. Gallen P. § 110:

„Bringt der Angeschuldigte Entschuldigungsgründe vor, die den Stempel offener Unwahrscheinlichkeit an sich tragen, oder nur darauf berechnet erscheinen, die Untersuchung zu verwickeln, oder in die Länge zu ziehen, so sind sie von dem Untersuchungsbeamten zwar zu Protokoll zu nehmen, nicht aber zu verfolgen.“

Andererseits muss aber der Inkulpat auch von Amtswegen über derartige entlastende Momente befragt werden (vgl. z. B. Bern Art. 212, Freiburg Art. 180). Freiburg fügt noch bei: „dass diese zu Gunsten des Angeschuldigten sprechenden Tatsachen auch von einem seiner Verwandten, einem Vormund, Pfleger oder gerichtlichen Beiständer angegeben werden“ können. In den Kantonen mit accusatorischer Beweiserbringung endlich ist das Recht, Anträge zu stellen, natürlich allseitig anerkannt. Die Anlage der Verhöre soll ja gerade derart sein, dass der Angeschuldigte zur Vorbringung und Anrufung seiner Entlastungsmittel beständig ermuntert wird.

3. *Am Schluss der Untersuchung Vervollständigungsbegehren zu stellen.* In dem Rechte, Vervollständigungsbegehren zu stellen oder stellen zu lassen, verbarg sich im Inquisitionsprozess die Anerkennung des Anspruchs des Inquisiten auf rechtliches Gehör. Freilich wurde dieser Anspruch ursprünglich erst nach völligem Schlusse der Untersuchung in einer Art Zwischenverfahren zugelassen, und auch heute noch gelangt der Angeschuldigte vielerorts erst nach formellem Schluss der Untersuchung zur Ausübung seiner Rechte. Doch dürfen wir hier darauf aufmerksam machen, dass de lege lata in den meisten Kantonen den Vervollständigungsbegehren entsprochen werden muss. Lehnt der Untersuchungsrichter dieselben ab, so kann seine Verfügung auf dem Wege der Bestreitung der Aktenvollständigkeit in der Hauptverhandlung angefochten werden (vgl. Schwyz 173, 175; Nidwalden 57, 65; Obwalden 79; Uri J. R. 16) und es gelangt beim Obsiegen des Angeschuldigten mit dieser Vorfrage die Prozedur in das Untersuchungsstadium zurück. Somit wird materiell das Recht des Angeschuldigten, Vervollständigung verlangen zu können, doch in der Untersuchung verwirklicht. In Obwalden (Art. 72) und Schwyz (§ 170) besitzt der Angeschuldigte ausserdem das Recht, dem Schlussberichte des Verhöramtes Berichtigungen und Zusätze beizufügen.

In den Kantonen mit gemischtem Verfahren muss sich natürlich das Recht abschwächen, indem eventuell neue Beweise noch in der Hauptverhandlung geltend gemacht werden können. Freilich wird de lege lata daran festgehalten, dass neue Beweismittel nur ausnahmsweise noch in der Hauptverhandlung eingebracht werden können.

Daraus erklärt es sich, dass Luzern 173, 189, Ziff. 4, 193, und Glarus 92, 93 anordnen, dass bei genehmigten Vervollständigungsbegehren die Hauptverhandlung sistirt und der Fall ins Untersuchungsstadium zurückgewiesen wird. Andererseits aber macht sich die Bedeutung der Hauptverhandlung als definitiv Beweis erbringender Akt dahin geltend, dass Beweise, die in der Untersuchung abgelehnt wurden, in der Hauptverhandlung zugelassen werden müssen (vgl. Zug 47, 54, 55), ebenso offenbar auch Luzern und Glarus.

Für den reinen accusatorischen Prozess ist das Recht, auf Aktenvervollständigung dringen zu können, bedeutungslos, da der Angeeschuldigte nur das Interesse hat, in der Hauptverhandlung seinen Entlastungsbeweis geltend machen zu können. Sind auch unsere accusatorischen Gesetze noch weit davon entfernt, rein accusatorisch zu sein, so haben sie doch allseits die Konsequenz gezogen, dass von einem Ausschluss neuer Beweismittel in der Hauptverhandlung keine Rede sein könne.¹³⁶⁾

C. Das Recht der Beschwerde. Der Angeschuldigte soll sich hören lassen können nicht nur gegenüber dem Untersuchungsbeamten direkt, sondern auch gegenüber dessen übergeordneter Behörde. Freilich, der Inquisitionsprozess mit seiner Negirung jeglichen Rechtes des Angeschuldigten, mit seinem sich Versteifen auf die richterliche Unparteilichkeit anerkennt ein solches Recht kaum, oder nur bezüglich der Formfehler. Wohl lediglich Nachwirkungen dieser zugeknöpften Zeit sind es, wenn Schwyz § 307 c. eine Beschwerde nur wegen formeller Mängel der Untersuchung, Uri bloss wegen „gesetz- und ordnungswidriger Behandlung“ (vgl. J. R. Art. 30) zulässt. Schon Obwalden Art. 131 und Nidwalden § 60 geben dagegen ausserdem das Recht auf Beschwerde wegen Verkümmern des Entlastungsbeweises.

In den Kantonen mit gemischtem und accusatorischen Verfahren dürfte das Recht auf Beschwerde wegen jeder Untersuchungshandlung zu präsumiren sein. Luzern sagt zwar in P. 189, 3 nur, dass der Angeschuldigte bei Beginn der Hauptverhandlung angefragt werden soll, ob er sich über die Untersuchung zu beklagen habe. Dagegen hat er in Zug nach § 15 ein unbeschränktes Recht, Eingaben ans Gericht zu machen. Bern anerkennt nach P. Art. 314 Klagen über Untersuchungshandlungen als Nichtigkeitsgrund. Expressis verbis ist endlich das allgemeine Beschwerderecht anerkannt in Zürich 778; Solothurn 50, 46 ff.; Aargau P. 34, 175; Waadt 257; Genf 171 ff.; Neuenburg O. G. 48, P. 292; Tessin 231; Thurgau B. V. 28. In Zürich geht aber die Beschwerde statt an die Anklagekammer an die Staatsanwaltschaft, bzw. den Regierungsrat. Es ist dies auch dess-

¹³⁶⁾ Zutreffend bemerkt daher Neuenburg Art. 176, Abs. 3: „Dans les causes relevant de la cour d'assises ou du tribunal correctionnelle d'arrondissement siégeant avec jury, le prévenu et son défenseur sont autorisés à soumettre à la chambre d'accusation des observations écrites jusqu'à la clôture de l'enquête. Celles-ci ne font pas partie de l'enquête.“

halb vollkommen korrekt, weil, wie in § 13 ausgeführt wurde, die zürcherische Anklagekammer in der Hauptsache (Schwurgerichtsfälle) reines *Anklagegericht* und nicht mehr Untersuchungsgericht ist, und sich somit mit der Untersuchung als solcher nicht zu befassen hat.

§ 40.

B. Das Recht auf Verbeiständung und Verteidigung.

I. Die einzige wirksame Garantie der völligen Unparteilichkeit eines Strafverfahrens liegt in der beständigen Teilnahme einer die Interessen des Angeschuldigten vertretenden, rechtskundigen Person an demselben. Zu keinen Zeiten ist die Notwendigkeit, dem Angeschuldigten die Zuziehung eines Rechtsbeistandes zu erlauben, verkannt worden. Im Gegenteil, gerade der Inquisitionsprozess war es, der das Institut amtlicher Verteidigung aufbrachte. Nur über das Mass der Teilnahme des Verteidigers am Verfahren gingen die Ansichten der Gesetzgeber jeweils auseinander. Für den Accusationsprozess ist zu sagen, dass derselbe erst dann sein Gepräge des Kampfes zweier *Parteien* vor einem unparteiischen Organe erhält, wenn von dem Momente an, in welchem der Kampf beginnt, dem Angeschuldigten ein Rechtsbeistand erlaubt, bzw. gestellt wird. Im einzelnen ist zu bemerken:

II. *Mass der Teilnahme des Verteidigers.* Korrekterweise hat der Verteidiger von dem Augenblicke an seine Funktion aufzunehmen, in dem persönliche Rechte des Angeschuldigten von Staatswegen missachtet werden wollen, oder sobald mittelst irgend welcher Zwangsmittel gegen den Angeschuldigten vorgegangen werden soll. Das wurde auch vollkommen anerkannt vom alten germanischen Accusationsprozess. Dort hatte der Angeschuldigte das Recht, einen Beistand mitzubringen oder geradezu aus der Mitte des Gerichtes zu wählen¹³⁷⁾, sobald er vor Gericht gestellt wurde — und damit begann ja eigentlich das Verfahren. Auch die C. C. C. steht noch auf

¹³⁷⁾ Vgl. Richtsteig, Landrecht, Kap. 32: „So spreche der unschuldige man, ob er also füngeladen ist: Herr Richter, ich piet euch durch got und durch des rechten willen *und alle, die sie umbsteen*, das ir mir kein's unrechten wollet gestattenn, und mein blut nicht lasset zu unrecht vergiessen *und piet einen man, der mir mein wort spreche. Den muss man im geben.*“

Ueber das Verfahren in der Schweiz vgl. Osenbrüggen, „*Deutsche Rechtsaltertümer*“, drittes Heft. Demnach verlangte zuerst der Landweibel, dass ihm ein Fürsprecher gestellt werde, um zu klagen, nebst 7 Beratern aus der Mitte des Gerichtes. Diesen zeigte der Landweibel, der gewissermassen das Amt der heutigen gerichtlichen Polizei vertritt, an, warum er den Angeschuldigten hergebracht habe. Nach der Beratung der Aufgerufenen treten die Berater in den Ring zurück, und es verlangt der Fürsprecher

dem Standpunkte, dass dem Angeschuldigten nicht nur am Schlusse der Untersuchung, sondern bereits in derselben ein Verteidiger zur Seite stehen darf.¹³⁸⁾ Der entartende Inquisitionsprozess aber beschränkte allmählig die Zulässigkeit der Verteidigung immer mehr (vgl. noch Clarus, V § fin., quaest. 32, n. 16, quaest. 49, n. 13¹³⁹⁾, und nicht wenige Kriminalgesetze schlossen schliesslich den Verteidiger ganz aus der Untersuchung aus. Doch war dies nicht gemeinrechtlich. Dagegen führte die Nachahmung des französischen Prozesses, der nach Art. 152, 185, 294 des C. J. Cr. in der Untersuchung keine Verteidigung zulässt, dazu, auch bei uns mancherorts die Verteidigung während der Untersuchung auszuschliessen, wo es unter der Herrschaft des reinen Inquisitionsprozesses nicht der Fall gewesen war. Wir haben diesbezüglich bei uns genau dieselbe Erscheinung zu konstatiren, wie in Deutschland.

So erklärt sich die auffallende Tatsache, dass nicht nur die Kantone mit rein inquisitorischem Verfahren, sondern auch solche mit gemischter, ja mit vorwiegend accusatorischer Beweiserbringung die Verteidigung nicht vor Abschluss der Untersuchung zulassen. Denn nur Baselland P. § 9, Waadt Art. 78 (loi du 21 octobre 1874), Genf Art. 61, Neuenburg Art. 174, Tessin Art. 56, Zürich §§ 816,

die Stellung des Beklagten vor das Gericht „aufgelöst, frei, ledig aller Banden“ und zugleich, *dass auch diesem ein Fürsprecher gestellt werde, der ebenfalls 7 Berater aus der Zahl der Richter verlangen kann etc.*“

Vgl. damit noch Art. 131 des Landbuches von Appenzell I. Rh.: „Ein grosser zweyfacher Rath hat auf- und angenommen, wan ein Hochgricht ist, wer zu einem fürsprech erwelt und genommen wird, *es sey vom Weibel oder gegendheil* oder sonst leuth gegen einander stehen, *der soll von Stund an zu ihnen stehen und soll man kein Urtheil darumb lassen gehen*, sonder welcher sich spehren wollte, dem soll man's Beym Aeydt Büten, gehorsam zu sein etc. — und wan ein Landt Aman zwey Manen an sein Rath begehrt, mag er die selbigen nemmen.“

¹³⁸⁾ Vgl. Art. 73: „Von Offnung der kundtschaft“ und sollen *des gefangen beistender dissfals zu jm gelassen werden.*“

Vergleiche damit Art. 14, wo von den Personen, mit denen die in Haft gesetzten Kläger und Angeklagten verkehren dürfen, die Rede ist:..... „Auch dem, der sein entschuldigung ausführen wolt, *sol gegunt werden, dass die leut, so sie zu Bürgschafft oder Beweisung gebrauchen wollen*, zu vnd von ihm wandeln mögen.“ (Vgl. ferner Art. 88, 90, 219.)

¹³⁹⁾ Clarus, V, quaest. 32, n. 16: „Item quaero, quid si reus praesens“ (da vorher von der Stellvertretung im Falle der Abwesenheit des Angeschuldigten die Rede war) „in iudicio, quia scilicet fuerit captus, vel sponte se constituerit, numquid poterit procurator pro eo intervenire? Respond. *quod sic*. Et in hoc omnes Doct. concordant.“ Er führt dann weiter aus: „Aut quaeritur, an possit procurator intervenire ad alios actus causae, puta, *ad opponendas exceptiones, producendum capitula, et alia faciendum in ipsa causa?* Et dicendum est, *quod sic*.“ Doch gilt dies nur vom mittelst Mandat bestellten Procurator. Ueber die Zulassung der Verteidigung im Inquisitionsprozess vgl. Mittermaier, Anleitung, S. 43 ff.

784, 2, Solothurn § 53, Aargau P. §§ 129, 173, kennen eine Teilnahme des Verteidigers am Verfahren schon *vor* Schluss der Untersuchung.

So weit, wie es das accusatorische Prinzip verlangt, gehen aber auch diese Kantone nicht. Der Zuzug eines Verteidigers schon zum ersten entscheidenden Verhör wird nirgends ausdrücklich vorgesehen, während in Chitty's Blackstone, Buch IV, in einer Anmerkung auf p. 241 über das Recht von New-York gesagt wird:

„The prisoner (d. h. eben der *vorläufig* Festgenommene) is to be allowed time to send *for counsel, who shall be present at the examination.*“

Es sagt zwar Tessin in P. Art. 56:

„L'imputato può valersi in *ogni stadio* del processo dell'assistenza di un difensore, scelto fra gli avvocati del cantone“ und es dürfte demnach der Rechtsbeistand von der Teilnahme am ersten Verhöre des Angeschuldigten nicht ausgeschlossen werden. Doch widerspricht dem Art. 156, der den Verteidiger überhaupt von der Teilnahme an den Verhören ausschliesst.

Solothurn P. § 163 bemerkt nur:

„Am *Schlusse* des ersten Verhöres ist dem Angeschuldigten zu eröffnen, dass er berechtigt sei, einen Verteidiger zu bezeichnen und sich mit demselben, vorbehaltlich der gesetzlichen Bestimmungen, zu beraten“

und damit dürfte von einer Verteidigung schon im ersten Verhör keine Rede sein, trotz des § 53. Ähnlich wie in Solothurn liegen die Verhältnisse offenbar auch in Zürich, Aargau und Baselland. Dabei ist zu bemerken, dass nach P. § 173 in Aargau und ebenso nach P. § 816 in Zürich dem Verteidiger für eine Dauer von höchstens 14 Tagen der Verkehr mit dem Angeschuldigten untersagt werden kann. Der zürcherische und aargauische Verteidiger findet sich somit in der sonderbaren Lage, unter Umständen an allen Untersuchungs-*Verhandlungen* (Zürich 784) teilnehmen zu dürfen, ohne mit dem Angeschuldigten sich beraten zu können. Allerdings besitzt er ein Rekursrecht (Zürich 816).

Neuenburg, Waadt und Genf verlangen nur, dass der Verteidiger *vor* Schluss der Untersuchung beigezogen werde. Er kann aber schon vorher bestellt werden. Dabei haben es diese Kantone ganz ähnlich wie Zürich und Aargau in der Hand, durch die „mise au secret“ den Angeschuldigten von dem Verkehr mit der Aussenwelt und damit mit dem Verteidiger abzuschliessen.¹⁴⁰⁾ Die „mise au

¹⁴⁰⁾ Die Bemerkung zu Art. 279 der Neuenburger Prozessordnung (Kommentar Cornaz): „La commission dans sa majorité, repousse aussi le système genevois, qui admet, *dans les cas les plus graves*, l'intervention du défenseur *dès le début* de l'enquête“, ist somit falsch. Zunächst lässt P. Art. 149 von Genf die „mise au secret“ zu. Ferner bestimmt zwar Art. 63: „Le défenseur,

secret“ kann im Kanton Waadt bis auf 15 Tage (Art. 77, 78, modif. 21 novembre 1874), in Genf und Neuenburg bis auf 8 Tage dauern (Genf Art. 150, Neuenburg Art. 62), ohne dass das Oberuntersuchungsgericht angegangen werden muss.

Die Massregel, dem Angeschuldigten den Beistand des Verteidigers zu verkümmern, trotzdem der letztere bestellt, und zwar rechtsgültig bestellt ist, erschiene ungeheuerlich, konnte man nicht das Misstrauen, das bei uns dem Anwalte, dem „Tröler“ entgegengebracht wird. Freilich ist es ganz verwerflich, wenn der Schutz vor gewissenlosen Advokaten darin gesucht wird, dass man die letzteren vom Verkehr mit dem Angeschuldigten ausschliesst, statt dass durch die Reinigung des Anwaltstandes von seinen vielen dubiosen Elementen der Furcht vor der anwaltlichen Unehrllichkeit die Spitze abgebrochen wird.¹⁴¹⁾

Bezüglich der Kantone, welche die Verteidigung während der Untersuchung ausschliessen, ist noch zu beachten, dass der genaue Zeitpunkt, von welchem an der Verteidiger zugelassen wird, verschieden bestimmt wird, indem:

- a. der Verteidiger erst in der Hauptverhandlung tätig wird (vgl. Obwalden 73, Uri J. R. 8 ff., Graubünden 34, Bern 263, Baselstadt P. 69, Thurgau G. G. 78, 80¹⁴²⁾, Appenzell A. Rh. 67,

dans toute cause, a le droit de voir les minutes, ainsi que les objets, servant à l'information“, fügt aber ausdrücklich hinzu: „sous la réserve des dispositions de l'article 70“, und dieser Art. 70 verfügt: „Lorsque l'importance d'une procédure l'exige, le juge d'instruction a le droit de suspendre l'information contradictoire.“

Der Unterschied zwischen Genf einerseits und Waadt und Neuenburg andererseits besteht mithin darin, dass Genf die Bestellung des Verteidigers schon im Anfang der Untersuchung als *Norm* annimmt, während die beiden andern Kantone dieselbe als *Ausnahme* betrachten. Darin stimmen aber alle drei überein, dass die Ausschliessung vor Schluss der Untersuchung enden muss.

¹⁴¹⁾ Eine ganz vorzügliche Anfechtung erlitt die „mise au secret“ und damit die Beraubung des Angeschuldigten um seinen wirksamsten Schutz — um die Verteidigung — im Neuenburger Grossen Rat (vgl. Bulletin, vol. 55, p. 268). Es wurde darüber gesagt: „Qu'on se figure l'état d'un homme prévenu d'un crime et qui après avoir subi un interrogatoire dans lequel il a opposé les dénégations les plus énergiques, se voit complètement isolé du reste de ses semblables! On croit l'obliger à un aveu par ce système, qui est un châtement anticipé. Oui, si c'est un faible et irrésolu. Mais si l'on a affaire à une nature forte ce silence, dont il est enveloppé lui permet d'édifier tout un système à l'aide duquel il en imposera aux juges.“

„Si l'on prétend que l'isolement est souverain, c'est reconnaître que la mise au secret aboutit logiquement à l'aveu du prévenu. Et si pour en finir avec cette torture de la mise au secret, il se reconnaît coupable d'un crime, qu'il n'a pas commis? Ces choses la se voient.“

¹⁴²⁾ Es nimmt zwar der thurgauische Verteidiger auch vor der Hauptverhandlung schon teil an der *Formalität*, der Verlesung der Anklageschrift und Befragung des Angeschuldigten, ob er sich schuldig erklärt, oder schwurgerichtliche Behandlung verlangt.

Aargau P. 310; letzteres kann sich nur auf den amtlichen Verteidiger beziehen);

- b. oder bereits am Schlusse der Untersuchung bestellt und somit noch im Zwischenverfahren tätig wird, daher Vervollständigungsbegehren stellt oder bei sog. accusatorischer Anklageverhandlung gegen die Gutheissung der Anklage opponirt etc. (vgl. Nidwalden 56, Schwyz 171, Zug 45, St. Gallen P. 119, 123, Glarus 86 ff., Freiburg 220, 222, Luzern 174).

III. *Notwendige und amtliche Verteidigung.* Der Inquisitionsprozess war der erste Strafprozess, der in bestimmten schweren Fällen die Notwendigkeit der Verteidigung stipulirte, und damit sich veranlasst sah, dem bedürftigen Angeschuldigten ex officio einen defensor zu stellen. Das Fehlen eines solchen galt bei Kapitalfällen als ein Nichtigkeitsgrund. Auf dem gleichen Standpunkte steht heute noch Wallis Art. 180:

„Dans les cas de nature à emporter *peine capitale*, l'accusé doit nécessairement avoir un défenseur, et cela à peine de nullité du jugement.

„Si l'accusé ne peut ou ne veut s'en choisir un, il est désigné d'office par la commission d'instruction, parmi les avocats patentés.“¹⁴³⁾

Appenzell A. Rh. und Obwalden besitzen keine Bestimmungen über notwendige und amtliche Verteidigung.

Für die übrigen Kantone gilt:

- a. *Die Verteidigung ist obligatorisch und in subsidium amtlich:*
1. in *Verbrechensfällen* in allen Kantonen;
 2. in *Vergehensfällen* in Tessin Art. 56, Neuenburg 174, Glarus 186, ebenso offenbar Zug 45, Graubünden 34, Waadt 78 (modif. 21. November 1874).
- b. *Sie ist nur fakultativ* in Vergehensfällen in Baselstadt, Bern, Genf, Zürich, Nidwalden, Wallis; fakultativ
1. indem sie nur eintritt *auf Verlangen des Angeschuldigten*, dann aber gewährt werden muss, somit *bedingt obligatorisch* (vgl. Genf Art. 62, Nidwalden 56, Wallis 181, 182, vgl. aber Anm. 34);

¹⁴³⁾ Sehr originell ist die Methode, wie Wallis auch in andern Fällen dem Angeschuldigten zu einem Verteidiger verhilft, ohne dass er dafür etwas bezahlt, indem der Verteidiger seine Dienst gratis leisten muss.

Art. 181: „L'accusé peut choisir son défenseur parmi les personnes recommandables du canton.“

Art. 182: L'avocat patenté est tenu de prêter son ministère, *lorsqu'il est requis par l'accusé ou par la commission d'instruction.*“

„Si l'accusé n'est pas en état de payer les honoraires à son défenseur, celui-ci prêtera son ministère *gratuitement.*“

Gewiss ist diese Verteidigung besser als gar keine; will man aber einerseits die patentirten Anwälte zur unentgeltlichen Verbeiständung zwingen, so muss man sie anderseits auch zu entschädigen suchen durch Einführung des Anwaltzwanges.

2. oder *indem das Gericht sie beschliesst* (vgl. Zürich 1004 „nur ganz ausnahmsweise“, Bern 263, Baselstadt, Einführungsgesetz vom 8. Februar 1875 zu § 69 der Str. P. O., „wo die Umstände es wünschbar machen“; vgl. damit Baselland, Gesetz betreffend unentgeltliche Rechtshilfe an Unbemittelte vom 18. Februar 1895). Eine Andeutung enthält auch Zug 45: „sofern nicht . . . die Bestellung ganz überflüssig erscheint.“

Voraussetzung der amtlichen Verteidigung ist, abgesehen von den Fällen notwendiger Verbeiständung, die Bedürftigkeit des Angeeschuldigten.

Zeitpunkt der Bestellung. Regel ist, dass der amtliche Verteidiger erst mit Abschluss der Untersuchung bestellt wird, dies selbst da, wo der private Verteidiger in der Untersuchung zugelassen ist (vgl. z. B. Aargau P. 276, 310; Solothurn 202, 206, Abs. 2; Zürich 915). Dagegen lassen die modernen Gesetze von Waadt 78 (modif. 21. November 1874), Neuenburg 174, 175, am entschiedensten Genf Art. 61 und 62 die Bestellung des amtlichen Verteidigers schon während der Untersuchung zu:

„Tout détenu, en matière correctionnelle, peut réclamer qu'un défenseur lui soit nommé d'office, suivant le mode indiqué dans l'article précédent, *pour l'assister devant la chambre d'instruction et devant le Jury*“ (d. h. also auch in der Verhandlung über Verhängung des Sicherheitsverhaftes).

Tessin begnügt sich in Art. 57, Abs. 2, zu sagen:

„La nomina d'un difensore d'ufficio può anche farsi dal giudice istruttore durante l'istruzione preparatoria.“

Die weiteren Details über Bestellung und Entschädigung des amtlichen Verteidigers können übergangen werden.

§ 41.

C. Rechte und Aufgaben der Verteidigung.¹⁴⁴⁾

I. Die Tätigkeit des Verteidigers in der Voruntersuchung ist auf zwei Punkte gerichtet:

1. die Kontrolle des Anklägers und der Untersuchungsorgane in Bezug auf die Notwendigkeit und gesetzliche Zulässigkeit aller von denselben zu Ungunsten des Angeeschuldigten vorgenommenen Massregeln;
2. die Sammlung des Entlastungsmateriales.

Zu diesem Behufe übt der Verteidiger alle dem Angeeschuldigten zustehenden prozessualen Rechte aus, und zwar ebensowohl mit dessen Ermächtigung wie ohne dieselbe, ja eventuell selbst gegen den Willen des Angeeschuldigten.

¹⁴⁴⁾ Vgl. namentlich Zachariae II, S. 289 ff.; Glaser, Hdb. II, S. 221 ff.; Vargha, die Verteidigung in Strafsachen, 1879.

Es muss daher der Verteidiger beanspruchen können:

- a. freien Verkehr mit dem Angeschuldigten vom Momente seiner Bestellung an;
- b. Einblick in den Gang der Prozedur, sei es durch Einsichtnahme von den Akten, sei es durch tätige Teilnahme an den wichtigeren Untersuchungshandlungen; und endlich müssen wir für den Accusationsprozess speziell noch hinzufügen:
- c. staatliche Rechtshülfeleistung zwecks Herbeischaffung des Entlastungsmateriales.

II. Die erste Forderung ist ausser den in § 39, II. bezeichneten Ausnahmen überall erfüllt. Widersinnig gegenüber ehrenhaften Anwälten ist die Bestimmung des § 57 von Solothurn, dass der Verkehr mit dem Angeschuldigten während der Untersuchung nur unter Aufsicht gestattet sei.

Auch dem dritten Postulat dürfte, wenn auch nicht ganz im Sinne der accusatorischen Beweiserbringung, mehr oder weniger entsprechen sein; jedenfalls aber kann hier nicht näher auf diese höchst feine und interessante Frage eingegangen werden.

Ganz anders verhält es sich mit der zweiten Forderung. Den Einblick in die Untersuchung muss sich der Verteidiger im Inquisitionsprozess durch das Studium der Akten verschaffen; er muss Gelegenheit haben, daraus den vollen Tatbestand kennen zu lernen. Partikulargesetze in Deutschland anerkannten aber dieses Recht nur nach Schluss der Untersuchung und verweigerten die Akteneinsicht absolut während derselben, weil, wie man behauptete, dies dem Inquisiten nur Gelegenheit gebe, die gegen ihn sprechenden Indizien kennen zu lernen, so dass eine Ueberführung des Angeschuldigten durch plötzlichen Vorhalt aller Belastungsmomente verunmöglicht werde. Genau auf diesem Standpunkte stehen heute noch fast alle Kantone mit inquisitorischem und gemischtem Verfahren (vgl. § 39).

III. Ebenso kennzeichnet sich bei ihnen das Misstrauen gegenüber jeder fremden Einmischung in die Untersuchung in genau denselben lächerlichen Vorsichtsmassregeln bei Gestattung der Akteneinsicht, welche die deutschen Inquisitionsgesetze anzuwenden für notwendig fanden.¹⁴⁵⁾

So darf der Verteidiger die Akten nur auf der Gerichtskanzlei, oft sogar nur unter Aufsicht, ansehen. Charakteristisch namentlich Obwalden Art. 75, Abs. 2 und 5:

Abs. 2: „Wenn der Anwalt oder der Klient Akten von der Gerichtskanzlei wegnehmen, so wird *ersterer mit Geldbusse bis auf 30 Franken und im Rückfalle mit Einstellung in der Advokatur bis auf 3 Monate*, letzterer mit gleicher Geldbusse oder mit Gefängnis bis auf drei Wochen bestraft.“

¹⁴⁵⁾ Vgl. Zachariae II, S. 295.

Abs. 5: „Gehen Akten durch ihre Schuld verloren oder werden sie verfälscht, so ist, inwiefern der Fall nicht kriminell wird, der Anwalt mit einer Geldstrafe von 40 bis 120 Fr., der Klient mit Freiheitsstrafe bis auf 6 Monate oder Geldstrafe von 60 bis 120 Fr. zu belegen.“¹⁴⁶⁾

Wallis scheint dem Verteidiger die Einsicht in die Akten gar nicht zu gestatten. Zum Ersatz dafür verordnet es in Art. 186:

„Dès que l'enquête et close l'accusé ou son défenseur peuvent demander copie de toutes les actes de la procédure.“

„Les frais de copie seront réglés avec les autres“.

Das heisst wenigstens soviel, dass sie nicht ohne weiteres vom Angeschuldigten bar bezahlt werden müssen. Nach Art. 176 des zitierten Gesetzes ist indessen das Verlangen der Aktenkopie so sehr Regel, dass vom Datum der Versendung derselben die Frist zur Vorbereitung der Verteidigung läuft.

Glücklicherweise haben sich doch die Kantone Glarus 91, St. Gallen P. 122 und Graubünden 34 auf eine höhere Warte gestellt, indem sie anordnen, dass die Akten dem Verteidiger zugesandt werden.

Für die Kantone mit accusatorischer Beweiserbringung verliert die Akteneinsicht an Bedeutung. Sie hat dort nur den Zweck, den Parteien, denen die Beweisproduktion in der Hauptverhandlung obliegt, eine Uebersicht über die durch die Untersuchung zu Tage geförderten Indizien pro und contra zu geben. Eine Bezugnahme auf die Akten ist ja — wenige Ausnahmefälle abgerechnet — in der Hauptverhandlung nicht einmal statthaft. Im Hinblick darauf liesse sich somit die Verweigerung der besonderen Verabfolgung der Akten rechtfertigen, da damit der Unmittelbarkeit des Hauptverfahrens mehr gedient wäre, wenn die Plaidoyers sich ebenso wie die richterliche Ueberzeugung nur auf das in der Hauptverhandlung Vorgebrachte stützen könnten. Doch lassen, mit alleiniger Ausnahme von Baselstadt und Solothurn, die hieher gehörenden Kantone die Verabfolgung der Akten zu.

Um dem Mangel, den die Ausschliessung des Verteidigers von der Teilnahme am Verfahren und der Akteneinsicht mit sich brachte, abzuhelpen, gestatteten einzelne reformirte deutsche Verfahren, dass dem Beschuldigten die Akten ganz oder zum Teil in Abschrift mitgeteilt wurden, und zwar bald gratis, bald auf dessen Kosten.¹⁴⁷⁾

¹⁴⁶⁾ Vgl. damit Nidwalden 56, Schwyz 179, Appenzell A. Rh. 67, Uri J. R. 4, Bern 246 („ohne dass er sie von dort wegnehmen darf“), Luzern 182, Zug 46, Freiburg 220, Baselstadt P. 75 („mit der nötigen Vorsicht“), Solothurn 58 („eine Verabfolgung der Akten in die Wohnung des Verteidigers ist unstatthaft“); vgl. weiter nach dem Muster des C. J. Cr. Art. 302, Waadt 288, ähnlich wohl auch Neuenburg und Genf.

¹⁴⁷⁾ Vgl. Zachariae II, S. 296 ff.

Analogien finden sich bei uns zunächst schon im Verfahren von Wallis, dann Thurgau B. V. 39. Beide geben aber die Abschriften nur nach Schluss der Untersuchung und auf Kosten des Inkulpaten.

Auch Aargau gestattet nach P. 311 die Verabfolgung von Aktenkopien am Schluss der Untersuchung. Hier braucht sie allerdings nicht mehr den fehlenden, direkten Einblick des Verteidigers in den Gang der Untersuchung zu ersetzen; doch ist die Reminiszenz an das frühere inquisitorische Verfahren offensichtlich.

Vollends andere Motive liegen endlich in Neuenburg und Genf der Aushingabe von Aktenkopien zu Grunde, nämlich das Bestreben, die Verteidigung möglichst mit den gleichen Kampfmitteln auszustatten wie die Anklage. Daher erfolgt die Verabfolgung schon während der Untersuchung und unentgeltlich Genf Art. 63, Neuenburg Art. 369 (hier aber nur bei nachgewiesener Armut).

IV. *Aufgaben der Verteidigung.* Da, wo die Verteidigung nur Verbeiständung für die Hauptverhandlung, resp. das Schlussverfahren bezweckt, konzentriert sich die Verteidigung naturgemäss auf die Vorbereitung der Plaidoyers für die Hauptverhandlung und die Geltendmachung allfälliger Einreden gegen die Aktenvollständigkeit. In der Regel wird dem Verteidiger hiezu vom Gerichtspräsidenten kurz vor der Gerichtsverhandlung eine kleine Frist gestellt, innert welcher ihm auch in der Regel die Akteneinsicht offen steht. Die Frist beträgt in Obwalden 4 Tage (Art. 75); in Uri 3 Tage (J. R. § 4); in Baselstadt 6 Tage in Kriminal- und 3 Tage in korrektionellen Fällen, (P. § 25); Wallis dagegen gewährt volle 40 Tage¹⁴⁸⁾; Appenzell A. Rh. 67 und Graubünden 33 geben keine besondere Frist an.

Sowie aber die Verteidigung nicht mehr ausschliesslich in der Hauptverhandlung wirksam wird, sondern bereits am Ende der Untersuchung in das Zwischenverfahren eingreift, so erweitert sich die Aufgabe des Rechtsbeistandes. Einmal wird ihm allgemein obliegen, wenn nötig, die Ergänzung der Untersuchung zu verlangen (vgl. Nidwalden 57, 58, Schwyz 174, 175, Luzern 175, Zug 46, St. Gallen P. 122, Freiburg 220). Damit ist seine Beeinflussung des Untersuchungsergebnisses da erschöpft, wo die Hauptverhandlung nicht accusatorisch ist (Nidwalden und Schwyz). Schliesst sich aber ein accusatorisches Verfahren an, erfolgt zuerst ein besonderes Anklageerkenntnis, so steht dem Rechtsbeistand die Stellung von Anträgen zu Händen des den Anklagezustand verhängenden Gerichtes zu (vgl. Glarus 91, St. Gallen P. 122, Freiburg 222, zweifelhaft Luzern). Dabei wird dem Verteidiger in Glarus eine Frist gestellt, bei deren Nichtbeachtung

¹⁴⁸⁾ Wallis Art. 178: „Il sera donné connaissance à l'accusé de la clôture de l'enquête et des charges qui pèsent sur lui, en le prévenant, que la loi lui accorde *un délai de quarante jours*, à dater de celui, où la copie de la procédure aura été expédiée, pour operer ses contrepreuves. Si l'accusé renonce à ce droit, il en sera fait mention au protocole, et le jour pour les débats sera fixé conformément à l'article 256.“

ihn dieselben Strafen wegen Fristversäumung treffen wie den Staatsanwalt (vgl. §§ 87, 89 mit 91); ebenso redet St. Gallen P. 122 von einer „fatalen“ Frist.

Wo der Verteidiger endlich an der Untersuchung teilnimmt, richtet sich seine Tätigkeit ausserdem auf die Herbeischaffung der Entlastungsmittel und auf die Verteidigung des Klienten gegen ungerechtfertigte Eingriffe in dessen Rechtssphäre. Der Verteidiger übt eben alle dem Angeschuldigten in der Untersuchung eingeräumten Rechte aus (vgl. § 39).

§ 42.

D. Das Recht des Angeschuldigten auf Entschädigung für unverschuldete Haft.*)

I. Es hiesse Wasser ins Meer tragen, wollte man noch viele Worte verlieren über die theoretische Pflicht des Staates, den Angeschuldigten, der unschuldig in Haft genommen wurde, zu entschädigen. Was Bentham in seinen *Principles of penal law*, p. 388, sagt:

„An error in justice is already by itself a subject of grief; but that this error, once known, should not be repaired by proportional indemnification, is an overturning of the social order“

darf heute als allgemeine Rechtsüberzeugung der zivilisirten Völker betrachtet werden. Beweis dafür sind die Versuche und wiederholten Anläufe, die in den europäischen Parlamenten von den Volksvertretern gemacht wurden, dieser Entschädigungspflicht zur *gesetzlichen* Anerkennung zu verhelfen. Ich erinnere nur an die holländischen Versuche von 1862, an die österreichischen seit 1882, die endlich im Gesetze vom 16. März 1892 zu etwelchem Erfolge führten, an die Verhandlungen in der italienischen Deputirtenkammer am 17. Dezember 1886, an den Beschluss der französischen Kammer vom 7. April 1892, der die Ausarbeitung eines Gesetzes über die Entschädigung unschuldig Verhafteter verlangte, aber zu keinem Resultate führte; ich erinnere endlich an die jüngsten Debatten im deutschen Reichstag, anlässlich der Lesung der Justiznovelle, deren Scheitern gerade dem entschiedenen Beharren der Volksvertreter auf dem Postulate der Entschädigung für unverschuldete Haft mit zuzuschreiben sein wird.

*) Litteratur mit besonderer Berücksichtigung der Schweiz:

Geyer: „Noch einige Bemerkungen über die Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft und Strafhaft“; kleinere Schriften strafrechtlichen Inhaltes, S. 583 ff.

Dr. *Principio Farinelli*: „Indemnita agli innocenti perseguitati e condannati in giudizio“, Repertorio di Giurisprudenza patria, 1895, pag. 1—17, 49—66, 97—117, 145—161, namentlich pag. 105 und appendice, pag. 193—201.

Immer und immer war es der Widerstand der Regierungen, die Furcht vor den paar Tausend Franken Entschädigungsgeldern, die die Verwirklichung dieses immer dringender geforderten Postulates des Volksgewissens hinderten; fürwahr, ein Ruhmestitel sonderbarer Art für unser Zeitalter der Kultur und Gesittung! — Nur in Schweden (Gesetz vom 12. März 1886), in Portugal (Gesetz vom 14. Juni 1884), in Mexiko (Strafgesetzbuch Art. 344), in Dänemark (Gesetz vom 5. April 1888), in Oesterreich (Gesetz vom 7. April 1892) ist das Verlangen des Volkes zur Anerkennung gelangt. Obenan in Bezug auf Liberalität steht das Gesetz von Dänemark (vgl. dessen Uebersetzung im „annuaire de la législation étrangère“, 1889, p. 752 ff.).

II. In der Schweiz finden wir das Recht auf Entschädigung anerkannt in den Kantonen Zürich 776, 905, Bern 235, 254, 367, 448, 512, Solothurn 117, 118, 218, Obwalden 169, 170, Nidwalden 127, 128, Uri J. R. 27, Aargau P. 278, 364, Zug 51, 77, Thurgau B. V. 31, 32, 50, G. G. 84, 175, Graubünden 30, Freiburg 230, 348, 350, 453, 512, Baselstadt, Gesetz betr. Entschädigung für unverschuldete Haft vom 9. Dezember 1889, Baselland, Gesetz vom 3. Dezember 1849, Appenzell A. Rh. 73, Waadt 254, 267, Tessin 273, 275 ff., Neuenburg 303, St. Gallen P. 127, 174, U. V. 56, Glarus 90, 131, Genf 474.

Viele Kantone haben überdies den Grundsatz der staatlichen Entschädigungspflicht gegenüber dem zu Unrecht Verhafteten in die Verfassung aufgenommen, so z. B. Zug, Verfassung von 1873, § 7, Abs. 4, Baselland § 6, Abs. 5, Schaffhausen Art. 8, Abs. 5, Uri Art. 30, Glarus Art. 5, Abs. 4, Solothurn Art. 13, Abs. 3, St. Gallen Art. 30, Abs. 3, Aargau Art. 19; auch die neuen Verfassungsentwürfe von Nidwalden und Schwyz enthalten diesbezügliche Bestimmungen. Dagegen reden nur von Entschädigung für *ungesetzliche* Haft: Zürich Verf. Art. 7, Obwalden Verf. Art. 9, Thurgau Verf. § 9, Genf loi constitut. de 1849, Art. 16, Luzern Verf. § 7. Angesichts des Art. 50 des Obligationenrechtes versteht es sich von selbst, dass der ungesetzlich Verhaftete einen Schadensersatzanspruch hat; dieser richtet sich nur in erster Linie gegen den schuldhaften Beamten, und erst auf Grund besonderer Bestimmungen direkt gegen den Staat. (Vgl. Ziegler in der Zeitschrift für schweiz. Recht, N. F. Band VII, p. 481 ff.)

Ueberhaupt nicht zur formellen Anerkennung gelangt ist dagegen die Pflicht zur Entschädigung auch für *unverschuldete* Haft einzig in den Kantonen Luzern, Wallis und Appenzell I. Rh.

III. Der Schaden, den der zu Unrecht Verhaftete erleidet, lässt sich nach zwei Richtungen betrachten. Er ist einerseits ein rein moralischer, anderseits ein materieller. Ersterer entsteht durch das Odium des Verbrechers, Zuchthäuslers, das die Verhaftung auf den Betroffenen wirft, letzteres durch den Eingriff in die wirtschaftlichen Existenzbedingungen des betroffenen Individuums. Es lässt sich fragen, welcher Schaden kann Gegenstand staatlicher Reparatur sein? Ent-

gegen Farinelli, entgegen selbst der dänischen Gesetzgebung, glaube ich hervorheben zu müssen, dass dies nur der materielle sein kann.

Zugegeben sei, dass der moralische Schaden unter Umständen ein sehr bedeutender sein kann, ja selbst, dass er in seiner dauernden Einwirkung auch nachweisbare materielle Nachteile herbeizuführen im stande ist. Dennoch ist es abwegig, für den Staat eine so weite Haftpflicht aufzustellen, wie für den Privaten bei *tort moral*. Vergesse man nicht, dass der Staat in Ausübung einer bestimmten staatlichen *Pflicht* diesen Schaden anrichtet. Dieser Pflicht kann er nicht genügen, ohne dass, trotz aller Kautelen, neben den Schuldigen gelegentlich auch ein Unschuldiger verfolgt und verhaftet wird. Die Möglichkeit, dass bei der Strafverfolgung Missgriffe gemacht werden, ist eine so durchaus nicht aus der Welt schaffbare, dass wir sie als eine auf empirischem Wege gewonnene *Tatsache* betrachten müssen. Etwas analoges haben wir beim Eisenbahnbetrieb, der eben niemals vollständig gefahrlos gemacht werden kann. Wie dieser, ist die Ausübung der staatlichen Strafverfolgung mit einer gewissen Gefahr für das einzelne Individuum verknüpft, der Gefahr nämlich, gelegentlich unschuldigerweise verfolgt zu werden. Die Gefahr ist aber an sich eine so geringe, dass keine Rede davon sein kann, um ihretwillen die staatliche Strafverfolgung, die im Interesse der Gesamtheit geschieht, aufzugeben. Die Gesamtheit ist es, die, wenn auch als Vertreterin des Einzelnen, die Strafverfolgung wie den Eisenbahnbetrieb verlangt, ihr kommen die Vorteile dieser Institutionen in erster Linie zu. Im konkreten Falle ist es aber doch jeweils auch der einzelne, der die Vorteile der öffentlichen Institutionen genießt. Will er diesen Genuss, diesen Anteil sich verschaffen, so muss er aber auch die mit diesen Institutionen notwendig verbundenen Gefahren, das Risiko, das dieselben herbeiführen, mit in Kauf nehmen, gleichsam als eine Servitut. Wie daher der Grundeigentümer nicht Schadenersatz verlangen kann für den durch den Eisenbahnbetrieb gehinderten freien Verkehr auf seinem Grund und Boden, auch nicht dafür, dass die Sicherheit der Bewohner des Grundstückes gefährdet wird, so kann auch der zu Unrecht Verfolgte nicht verlangen, dass der ihm erwachsene, bloss moralische Schaden ersetzt werde.

Anders wird der Fall, sobald die Ausübung der Verfolgung konkreten, materiellen Schaden erzeugt. Kann mit Recht verlangt werden, dass der einzelne alle diejenigen Nachteile, die nicht seine materielle Existenz schädigen, und welche ihm im Interesse der Gesamtheit zugefügt werden mussten, selbst trage, so verlangt die Billigkeit, dass die Opferung des einzelnen aufhöre, sobald derselbe ökonomisch geschädigt wird. Die Gesamtheit, in deren Interesse ja dieser Schaden zugefügt wurde, kann es nicht dulden, dass der Betroffene darob geradezu materiell zu Grunde gerichtet wird.

Wir haben die gleichen Grundsätze auf allen Gebieten, auf denen im *öffentlichen* Interesse Eingriffe in die private Rechtssphäre vorgenommen werden. Die nicht direkt nachweisbaren, nicht schätz-

baren Seiten des Schadens sind nie Gegenstand des Ersatzes. Die Eisenbahn bezahlt nicht das durch den Tod des Verunglückten der Familie erwachsene Leid, wohl aber jeden nachweisbar eingetretenen, pekuniären Nachteil. Bei der Expropriation vergütet der Staat niemals den Affektions- oder Spekulationswert des zu expropriierenden Grundstückes, sondern den nachgewiesenen reellen Verkehrswert desselben. Ebenso wird bei Truppenübungen für die Unbequemlichkeit, Haus und Stall fremden Leuten öffnen zu müssen, für die Verhinderung der Bestellung der Felder, für alle die entstandenen Unannehmlichkeiten manigfacher Art, nicht entschädigt, wohl aber für den nachgewiesenermassen an Haus und Hof und an den Kulturen entstandenen Schaden.¹⁴⁹⁾

Ganz analog verhält es sich auch bei der Entschädigung für unverschuldete Haft. Nicht der der Person, dem moralischen Rechtssubjekt, zugefügte Nachteil ist massgebend für die Berechnung der Entschädigung, sondern der seinem Vermögen, seiner finanziellen Leistungsfähigkeit, erwachsene Schaden. Gerade in der Schadenersatzleistung liegt ja auch die moralische Genugtuung. Eine eklatantere moralische Satisfaktion kann doch der Angeschuldigte kaum verlangen, als dass der Staat ihn für den erlittenen Schaden voll und ganz und in loyaler Weise entschädigt, zumal wenn dies öffentlich bekannt gemacht wird.

De lege lata ist man denn auch nur in Dänemark zur Anerkennung einer Entschädigungspflicht auch für tort moral gelangt.¹⁵⁰⁾ Zwar reden auch Zug, Verf. von 1873, § 7, Abs. 4, ebenso Schaffhausen und Aargau in den bereits angeführten Verfassungsbestimmungen von „*Genugtuung* und Schadenersatz“. Doch dürfte sich dieses Versprechen von Genugtuung nur auf die in einem Atemzuge mit der unverschuldeten aufgeführten *ungesetzlichen* Haft beziehen. Für letztere besonders sieht auch Genf (loi constitut. de 1849) eine Entschädigung der „dommages-intérêts qui sont réglés en égard aux circonstances et *au préjudice* souffert sans qu'en aucun cas les dits dommages-intérêts puissent être au-dessous de vingt cinq francs par chaque jour de détention illégale et pour chaque individu détenu

¹⁴⁹⁾ Ganz diese Anschauung vertritt § 420 des zürch. privatrechtlichen Gesetzbuches, wo gesagt wird: „Wenn bei *Ausübung der Staatsgewalt*, aus Gründen der öffentlichen Wohlfahrt Jemanden Schaden zugefügt worden, welchen er *nicht aus öffentlichen Gründen zu tragen verpflichtet ist*, noch sich selber zuschreiben muss, z. B. bei Militärübungen oder *infolge polizeilicher Massregeln*, so haftet demselben nicht der Schädiger, sondern die Staatskasse *insofern für Ersatz, als der Gesichtspunkt oder die Analogie der Entschädigung für zwangsweise Abtretung von Privatrechten zur Anwendung kommt, sonst nicht.*“

¹⁵⁰⁾ Gesetz vom 5. April 1888, Art. 1, nach der Uebersetzung des *Annuaire de la législation étrangère* 1889, pag. 752: „Celui qui après avoir été soumis à la détention préventive, est ensuite acquitté ou mis en liberté, sans que l'affaire soit poursuivie jusqu'au jugement, a droit a une indemnité a fixer par le juge pour *le tort, le préjudice* et la perte pécuniaire qu'il a subis par suite de la privation de sa liberté.“

illégalement“, vor. In der Theorie aber, und in der Presse, ist der Gedanke, dass dem Angeschuldigten auch eine Entschädigung für die moralische Unbill der Haft gebühre, wiederholt ausgesprochen worden.

IV. Mehr Divergenzen herrschen dagegen in den Gesetzen darüber, in welchen Fällen die Entschädigungspflicht anzuerkennen sei, ob bloss im Falle gerichtlicher Freisprechung oder im Falle der Haftentlassung ohne Urteil schlechthin.

Geht man von dem Gedanken aus, dass der Staat prinzipiell schadenersatzpflichtig ist für den materiellen Schaden, der durch die Verhaftung einem Unschuldigen erwächst, so kann kaum ein Zweifel darüber sein, dass dies gilt, gleichviel ob diese Unschuld erst durch gerichtliches Urteil ermittelt wurde, oder ob bereits die Untersuchung dieselbe ergab. Im Gegenteil, wir müssen sogar sagen, nicht nur der, welcher ausdrücklich unschuldig erklärt wird, sondern überhaupt der, gegen welchen nicht weiter vorgegangen werden kann oder konnte, ist schadenersatzberechtigt. Nicht an dem Verhafteten ist es, im Falle einer Haftentlassung zu beweisen, dass er an der Verhaftung unschuldig war, sondern am Staate, das Gegenteil nachzuweisen, wenn er glaubt, die Entschädigung verweigern zu können. Die Analogie mit einer Eisenbahnunternehmung tritt auch hierin wieder voll zu Tage. Diese muss beweisen, dass der Verunglückte selbst schuld war, will sie die Haftpflicht bestreiten. Ich muss daher die Einschränkung Bonneville's de Marsangy: „Il faut que l'inculpé soit déclaré innocent non seulement du délit, mais aussi de la poursuite“ ablehnen, wie dies seitens Geyer's und Farinelli's geschehen ist.

Nur dann existirt eine Ausnahme von der staatlichen Haftpflicht, wenn dem Angeschuldigten ein konkretes Selbstverschulden nachgewiesen werden kann. Letzteres braucht nicht einmal ein aktives (wie Flucht, Kollusion, verdächtiges Benehmen) zu sein; es kann auch ein passives Verschulden vorliegen, in der Nichtangabe von bekannten Entlastungsmitteln.

V. Dabei ist allerdings die Gefahr vorhanden, dass auch ein keineswegs Unschuldiger entschädigt werden muss. Die Bedenken, die mit Recht dagegen geltend gemacht werden, liessen sich meines Erachtens beseitigen, wenn das übliche System, dem Freigelassenen nur einen *Anspruch* auf Schadenersatz zu geben, mit dem von Farinelli empfohlenen, die Entschädigung bei der Entlassung ex officio zuzusprechen, kombinirt würde, durch Aufstellung nachstehender Grundsätze:

1. Wer verhaftet wurde, ohne dass ihn ein Richterspruch des ihm zur Last gelegten Deliktes schuldig erklärte, und ohne dass die Verhaftung seinem eigenen Verhalten zugeschrieben werden muss, kann einen Anspruch auf Ersatz des ihm erwachsenen materiellen Schadens erheben.
2. Dieser Anspruch ist binnen 15 Tagen nach der Haftentlassung beim Zivilrichter geltend zu machen und wird nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen, und speziell nach Analogie der Abtretung von Privatrechten, beurteilt.

3. Erfolgte die Haftentlassung, weil die zuständigen Verfolgungsorgane zur Ueberzeugung von der Unschuld des Angeschuldigten gekommen sind, so setzt das zur Rechtsprechung in Untersuchungssachen kompetente Gericht *ex officio* oder auf Antrag der Parteien die Entschädigung fest nach den Vorschriften des Art. 2. Dieser Entscheid unterliegt der Weiterziehung an die ordentlichen Zivilgerichte oberer Instanz.

Damit wäre meines Erachtens, ohne den prinzipiellen Standpunkt der Schadenersatzpflicht zu verlassen, in der verschiedenen prozessualen Behandlung ein Mittel gefunden, ungerechtfertigten Schadenersatzansprüchen zu begegnen.

Auf weitere Details kann hier nicht eingegangen werden. Es sei diesbezüglich auf Farinelli verwiesen.

VI. Um nun einen Blick zu werfen auf die Behandlung der Entschädigungsfrage in unsern Kantonen, so ist zunächst darauf aufmerksam zu machen, dass:

- a. Genf Art. 474 eine Entschädigung nur dann gewährt, wenn durch Revisionsurteil die Unschuld des Verurteilten sich ergibt. Falsch ist die Bemerkung Farinellis, dass auch Aargau auf diesem Standpunkte stehe¹⁵¹⁾; der angeführte § 20 des E. G. von 1886 fügt nur die Entschädigungspflicht im Falle der Revision zu der in den übrigen Fällen hinzu.
- b. die Kantone Uri J. R. 27, Appenzell A. Rh. 73 nur bei gerichtlicher Freisprechung entschädigen.

Diese Kantone fielen somit eigentlich für unsere Arbeit ausser Betracht, doch mag auf sie hingewiesen sein. — Besondere Bestimmungen über die Revisions-Entschädigung besitzen überdies St. Gallen P. 202, Freiburg 512, Baselstadt, Gesetz von 1889, § 7, Tessin 276, Bern 512, Neuenburg 507.

Die übrigen Kantone entschädigen auch im Falle der Einstellung des Verfahrens vor der Hauptverhandlung (vgl. Aargau P. 278, Zug 51, Thurgau B. V. 31, G. G. 84, Graubünden 30, Freiburg 230, Baselstadt, Gesetz von 1889, § 1, Waadt 254, 267, Neuenburg 303, Tessin Art. 273, St. Gallen P. 127, Glarus 90, Abs. 3, Zürich 776, Bern 235, 254, Solothurn 117 vgl. mit 217, Obwalden 169, Nidwalden 127).

Ueber den *Umfang der Entschädigung* gilt allgemein, dass nur der materielle Schaden ersetzt wird. Allerdings redet Neuenburg in Art. 508 von „dommages-intérêts proportionnés au préjudice matériel et moral, qu'il aurait souffert par une condamnation erronée“, es gilt dies aber nur für den Fall der Revision, somit bei einem *ungesetzlicher* Verhaftung nahe kommenden Falle. Ausdrücklich sagt dagegen Tessin P. Art. 273 „pei danni pecuniari“, während Solothurn in § 117 anordnet, „wobei jedoch nur der materielle Nachteil mass-

¹⁵¹⁾ Repertorio, 1895, pag. 108.

gebend ist“. Baselstadt präzisirt in § 1 des Gesetzes von 1889 „für diejenigen Nachteile an Vermögen, Erwerb und Fortkommen“. Unklar sind Ausdrücke wie „Entschädigung für Umtriebe“ (vgl. Zürich 776), „billige, angemessene Entschädigung, Genugtuung“ (vgl. Obwalden 169, Nidwalden 127) u. s. w. Freilich dürfte darunter kaum etwas anderes zu suchen sein, als eben der Ersatz des nachweisbar entstandenen Schadens.

Unklar sind die meisten Gesetze darüber, ob ein Entschädigungsanspruch wegen der erfolgten Verhaftung schlechthin bei jeder Untersuchungseinstellung zustehe, oder ob nur im Falle ausdrücklicher Anerkennung der Unschuld entschädigt werden dürfe. Entschieden auf ersterem Standpunkte stehen Baselstadt, Gesetz von 1889, § 1:

„Wer durch ein Organ der Staatsgewalt verhaftet worden ist, hat nach Durchführung des gegen ihn eingeleiteten Verfahrens, *wenn dasselbe nicht zu einer Ueberweisung des Angeeschuldigten an den Richter führt*, gegenüber dem Staat Anspruch auf eine angemessene Entschädigung“

und Tessin Art. 273:

„Chi venne arrestato dietro ordine dell' autorità e fu poscia rilasciato in libertà *per mancanza di dati sufficienti per l'accusa*, ha diritto“

Den anderen Standpunkt dagegen nehmen ein:

Glarus § 90, Abs. 3:

„Wenn der Prozess aus dem Grunde aufgehoben wird, weil der wider eine Person erhobene Verdacht sich *als völlig grundlos* erwiesen hat, so“

Bern Art. 235:

„. . . . „Erachtet der Untersuchungsrichter, dass keine von dem Gesetze mit Strafe bedrohte Handlung begangen worden sei, oder *dass keine belastenden Tatsachen* gegen den Angeschuldigten vorliegen“

und Waadt Art. 254, Abs. 2:

„L'indemnité ne peut être accordée *qu'à l'unanimité des suffrages*.“

Allgemein wird hingegen wiederum verlangt, dass die Haft nicht selbst verschuldet sei (vgl. z. B. Solothurn 118).

Wenn bisher davon die Rede war, dass alle diese Kantone eine gewisse staatliche Verpflichtung zum Schadenersatz anerkennen, so mag hier noch auf eine Differenz hingewiesen werden. Ein ausgesprochenes *Recht*, eine Entschädigung zu verlangen, geben dem Freigelassenen nur Graubünden, Freiburg, Baselstadt, Waadt, Tessin, St. Gallen, Glarus, Bern, Solothurn, während in den übrigen Kantonen jeweils nur gesagt wird, das Gericht *könne* eine Entschädigung sprechen.

Ex officio wird die Entschädigung festgesetzt vom Gericht, sobald dasselbe sie für angemessen findet, in Aargau P. 278, Zug 51, Thurgau B. V. 31, G. G. 84, Zürich 776, Solothurn 117, Obwalden 169, 170, Nidwalden 127, 128, Uri J. R. 27, vermutlich auch in Glarus nach 90, 3.

Verlangt werden muss sie dagegen in Graubünden 30, Freiburg 230, Baselstadt, Gesetz von 1889, § 1, Waadt 254, Neuenburg 303, Tessin 273, St. Gallen P. 127, Bern 235, 365. Meist ist für die Geltendmachung dieser Forderung eine *Präklusivfrist* gesetzt, die in der Regel 14 Tage beträgt (so z. B. Tessin 274, Baselstadt § 2, Waadt 254, Neuenburg 303).

Die *Kompetenz zur Zuerkennung der Entschädigung* ist allgemein dahin normirt, dass sie durch das mit der Rechtsprechung in der Untersuchung betraute Gericht erfolgt, oder durch die in gleicher Weise funktionirende Behörde nicht gerichtlicher Natur (vgl. §§ 11—13 und § 43). Einzig in Bern kann nach Art. 235 schon der Untersuchungsrichter, und in Baselstadt (§ 1) das Polizeidepartement die Entschädigung normiren, wobei jedoch an die Anklagekammer, in Baselstadt (Gesetz von 1889, § 4) an das Appellationsgericht rekurrirt werden kann. Ein Rekursrecht von der Anklagekammer an das Obergericht gewährt Thurgau in G. G. § 184 dem Staate wie dem Verhafteten.

Zum Schlusse mag noch auf die Statistik von Dr. Gysin in Liestal hingewiesen werden, über die in 10 Kantonen bis 1880 ausbezahlten Entschädigungen, veröffentlicht in Geyers „Kleine Schriften“, S. 538 ff

Eine Weiterführung und Ergänzung wäre höchst wünschenswert.

V. Kapitel.

Schluss der Untersuchung.

§ 43.

Die Art des Schlusses.

I. Die Untersuchung wird geschlossen, wenn ihr Zweck erfüllt ist, somit entweder, sobald das Anklagematerial beieinander ist, oder erst dann, wenn das Beweismaterial so vollständig gesammelt ist, dass daraufhin das Urteil ergehen kann. Zu entscheiden, ob und wann dies der Fall ist, wird in erster Linie immer der Untersuchungsbeamte selbst berufen sein. *Formell endet somit die Untersuchung durch die Schlusserklärung des Untersuchungsbeamten.*

In Wahrheit ist es aber freilich nicht dieser, der die Untersuchung beendet. Er untersucht nicht für sich, sondern im Auftrag und zu handen anderer Organe; somit ist er nicht Souverain der Untersuchung, sondern das Resultat seiner Bemühungen muss demjenigen Organe unterbreitet werden, für die sie vorgenommen wurden.

II. Im Inquisitionsprozess ist dieses Organ das erkennende Gericht direkt; ihm wird die Prozedur unterbreitet. Weil nun zwischen dem erkennenden Gerichte und dem untersuchenden Gerichte keine weitere Instanz besteht, so *erscheint* der Untersuchungsrichter im Inquisitionsprozesse als dasjenige Organ, das die Untersuchung schliesst, indem ja das erkennende Gericht nur den Spruch fällt. De facto aber ist es doch nur letzteres, das die Untersuchung beendet. Der Urteilsverhandlung voraus geht die Prüfung der Untersuchungsakten. *Es wird ein formeller Beschluss über die Vollständigkeit der Akten gefasst und dieser Beschluss erst ist als faktischer Schluss der Untersuchung zu betrachten.* Daher wird, wenn die Aktenvollständigkeit sich nicht ergibt, nicht nur die Verhandlung vertagt, sondern die Prozedur ins Untersuchungsstadium zurückgewiesen.

Wesentlich dieses Bild bietet das Verfahren von Wallis. Formell schliesst das Untersuchungsgericht die Untersuchung (Art. 177), faktisch aber endet letztere definitiv erst mit dem Beschlusse des erkennenden Gerichtes, dass die Akten vollständig seien (Art. 281). Im negativen Falle wird die Prozedur ans Untersuchungsgericht (*commission d'instruction*) zurückgewiesen. Nur die eine Modifikation ist zu beachten, nämlich die, dass die Befugnis zur Einstellung des Verfahrens nicht allein dem erkennenden Gericht, sondern auch der *commission d'instruction* zusteht.

In Uri, Ob- und Nidwalden, Appenzell A. Rh., Schaffhausen und Schwyz haben wir dagegen die Abnormität, dass an Stelle des Ober-Untersuchungsgerichtes als Organ der Aufsicht über die Untersuchung die Regierungsgewalt, resp. in Schaffhausen und Schwyz ein Vertreter derselben, getreten ist. Da aber selbstverständlich das erkennende Gericht allein im stande ist, zu bestimmen, ob die Akten, die ihm vorgelegt werden, zur Urteilsreife genügen, so musste nichtsdestoweniger diese eine Funktion der Untersuchungs-Gerichtsbarkeit beim erkennenden Gerichte bleiben. Die Folge ist eine Dreispurigkeit des Schlusses der Untersuchung. Zunächst erklärt der Verhörrichter denselben; hierauf gelangen die Akten an das Ober-Untersuchungsorgan (Regierungsrat, Justizvorstand, Justizkommission; in Schwyz und Schaffhausen an die Staatsanwaltschaft), und dieses nimmt eine Prüfung der Akten auf Vollständigkeit vor, weist sie zurück oder erkennt Schluss der Untersuchung. (Vgl. ausdrücklich Schwyz § 169.¹⁵²) Nachdem so bereits zweimal „Schluss“ der Untersuchung erklärt worden ist, gelangen die Akten endlich ans Gericht, und dieses prüft nun ganz korrekt wiederum die Aktenvollständigkeit, beschliesst die-

¹⁵²) Dass die Staatsanwaltschaft — unlogisch genug — in Schwyz und Schaffhausen das Erbe des inquisitorischen Ober-Untersuchungsgerichtes, resp. direkt dasjenige der an Stelle desselben getretenen Regierungsgewalt (Justizkommission) angetreten hat, zeigt sich noch in der Bestimmung, dass in *appellatorio* die Justizkommission die Funktion der Aktenprüfung und Schlusserklärung ausübt. (Vgl. Schwyz 173, 175, vgl. mit 296.)

selbe und beendet damit endlich die Untersuchung oder weist die Prozedur wieder zurück. Formell ist also der Schluss der Untersuchung zu suchen in der Schlusserklärung des Organes der Regierungsgewalt, faktisch aber dennoch erst in dem Gerichtsbeschlusse, der die Vollständigkeit der Akten erkennt.¹⁵³⁾ Eine Einstellung des Verfahrens wird nach einmal eingeleiteter Spezialuntersuchung gar nicht mehr vorgesehen. Dennoch wird sie in der Praxis vorkommen, und in diesem Falle dürfte wohl die Regierungsgewalt befugt sein, sie zu verfügen, wenn die Andeutungen von Obwalden Art. 169 und Nidwalden § 127 ohne weiteres auch als für die übrigen Kantone zutreffend angesehen werden können.

III. Für den reinen Accusationsprozess müsste die Untersuchung enden mit dem Momente, in welchem der Träger der Anklage entweder von der Verfolgung abstrahirt, oder aber vor dem erkennenden Gerichte Anklage erhebt, und damit erst im eigentlichen Sinne die *litis contestatio* herbeiführt. Die schriftliche Abstandserklärung des Staatsanwaltes oder seine Anklageschrift wären somit die den Schluss der Untersuchung verkündenden Akte, und dieser wäre als eingetreten zu erachten im Momente, in welchem die staatsanwaltliche Erklärung dem Adressaten zukommt, immerhin unter dem Vorbehalt, dass nicht der Angeschuldigte Rekurs ergreife.

So formlos, so wenig pompös dieser Schluss ist, so muss doch zugestanden werden, dass er logisch allein dem accusatorischen Prinzipie entspricht. Im Accusationsprozess können wir eigentlich den Namen Untersuchung nicht mit Recht in Anspruch nehmen für jenes Stadium der Anklagevorbereitung. Noch ist die Rechtsprechung keineswegs mit dem Falle befasst, noch ist die Staatsanwaltschaft und meinetwegen auch der Angeschuldigte in *appellatorio* allein im stande, einen Rechtsspruch über ein behauptetes Delikt herbeizuführen, und daraus resultirt, dass eben der Verzicht auf diesen Rechtsspruch ohne alle Formalitäten erfolgen muss, und dass das Anrufen desselben nicht anders geschieht, als bei jeder andern Inanspruchnahme des staatlichen Rechtsschutzes, d. h. eben durch eine schriftliche Klageeinreichung beim Gerichte. Gegen die Bedenken, die gegen diese grosse, dem Staatsanwälte eingeräumte Machtbefugnis erhoben werden, mag ins Feld geführt werden, was kein Geringerer, als Geyer¹⁵⁴⁾, darüber sagt:

„Man mache mit einem Wort den Staatsanwalt wirklich *zum Herren der Anklage*. Es möge in der Regel (auf eine Ausnahme kommen wir weiter unten zu reden¹⁵⁵⁾) von ihm allein abhängen, ob er die Anklage erheben will oder nicht. Die Besorgnis, dass auf solche Weise das leichtsinnige Erheben von

¹⁵³⁾ Vgl. § 11, II.

¹⁵⁴⁾ In den Kl. Schriften strafrechtl. Inhaltes, S. 449.

¹⁵⁵⁾ Er meint die fakultative Anrufung des Gerichtes seitens des Angeschuldigten.

unbegründeten Anklagen begünstigt würde, schwindet, wenn man überlegt, dass der Staatsanwalt bei einer solchen Einrichtung mit dem vollen Bewusstsein der alleinigen Verantwortlichkeit handelt, während gerade die zwischen Anklagesenat und Staatsanwalt *geteilte* Verantwortlichkeit nicht geeignet ist, die Gewissenhaftigkeit jedes einzelnen, bei der Versetzung in den Anklagestand Mitwirkenden zu steigern“ u. s. w.

Tatsächlich hat denn auch der Kanton Tessin es gewagt, diese scharfe Konsequenz des Accusationsprozesses zu ziehen. Dort ist der Staatsanwalt Herr der Anklage, er sistirt von sich aus (Art. 162, 163) und seine Anklageschrift leitet das Hauptverfahren ein (Art. 164). Nur im Falle, dass der Angeschuldigte oder die klägerische Partei rekurriert, tritt eine Mitwirkung eines Gerichtes, der *camera dei ricorsi*, (Art. 168, 169, 75) ein. (Vgl. § 13.)

IV. Das Muster aller modernen accusatorischen Verfahren, der englische Prozess, entschlägt sich zwar keineswegs der Mitwirkung eines gerichtlichen Organes bei Erhebung der Anklage resp. bei Einleitung des gerichtlichen Verfahrens. Aber das Urteil der Anklage-Jury ist nichts weiter als eine Approbation der Anklage durch das in den Geschworenen redende Volksgewissen. (Siehe § 13.)

Nach dem englischen Vorbild haben unsere Kantone mit accusatorischem und auch die mit gemischtem Verfahren das Institut einer Anklageverhandlung vor einem gerichtlichen Organe geschaffen. Dieses Gericht ist das erkennende Gericht selbst, oder wenigstens ein Ausschuss desselben in Glarus, Zug und Graubünden (vgl. § 12), in den übrigen Kantonen ein besonderes „Anklage“gericht. Wie aber in den zitierten Paragraphen ausgeführt, ist in der Mehrzahl der Kantone einer altehrwürdigen, inquisitorischen Institution bloss ein accusatorischer Name gegeben worden.

Von allen schweizerischen Anklagekammern sind blosse Anklagegerichte nur diejenigen von Zürich und Aargau (vgl. § 13 II. b); bezüglich der Abweichung von Baselstadt und Thurgau vgl. § 13 III. d.

Wir haben somit als Formen der Beendigung der Untersuchung in den Kantonen mit accusatorischem und gemischtem Verfahren:

- a. *Sistirung formlos*, und ebenso *Ueberleitung* ans Gericht *formlos* durch das Organ der Anklage, in Tessin;
- b. *Sistirung formlos* durch die Staatsanwaltschaft, *Ueberleitung* durch *formelle Anklage-Genehmigung* seitens eines Anklagegerichtes, in Zürich und Aargau;
- c. *Sistirung* durch die Staatsanwaltschaft, resp. das unter ihr stehende Untersuchungsorgan, *formlos*, nur in leichteren Fällen, in schweren Fällen dagegen *formelle Sistirung* und *Ueberleitung* durch *Rechtsspruch* eines Anklage- (richtiger Untersuchungs-) Gerichtes, in Bern, auch in Neuenburg und Waadt;
- d. *Sistirung formell*, *Ueberleitung formell* auf Grund einer Verhandlung vor einer *nicht gerichtlichen* Behörde, in Baselstadt und Thurgau;

- e. *Sistierung formell, Ueberleitung formell* auf Grund der Verhandlung vor einer *gerichtlichen* Behörde, Erlass eines *Rechtsspruches*, in Genf, Solothurn, Freiburg, St. Gallen, Luzern, Zug, Glarus, Graubünden.

In keine der Kategorien kann eingereiht werden Baselland, mit seinem originellen, einem Zivilverfahren mit schriftlichem Vorverfahren mit Schriftenwechsel ähnelnden Verfahren.

Oeffentlich ist allein die Verhandlung vor der *chambre d'instruction* in Genf (Art. 180). Dort findet eine kontradiktorische Anklageverhandlung statt, ähnlich der Verhandlung vor der englischen Anklage-Jury. So hoch die Errungenschaft der Oeffentlichkeit der Verhandlungen des Anklagegerichtes zu schätzen ist, so ist die Nachahmung desshalb unglücklich, weil die *chambre d'instruction* förmlich richtet, statt nur begutachtet. Der Beschluss dieses aus angesehenen Richtern zusammengesetzten Gerichtes muss notwendig den Entscheid der Jury, der Laien, präjudizieren.

Ueber die Rechte von Staatsanwaltschaft und Verteidigung nach *formellem* Schluss der Untersuchung vgl. Kapitel II. und III., und §§ 37 ff.

§ 44.

Bedeutung der Einstellung des Verfahrens insbesondere.

I. Die Bedeutung muss notwendig variiren, je nachdem die Einstellung der Untersuchung durch Gerichtsbeschluss, oder blosse staatsanwaltliche Verfügung erfolgt.

Die *Einstellung durch Gerichtsbeschluss* bedeutet gerichtliches Urteil, vgl. Solothurn § 217:

„Die Einstellung der Untersuchung hat die Bedeutung einer gerichtlichen Freisprechung, und es darf die Untersuchung nur in Folge eines Beschlusses der Anklagekammer wieder aufgenommen werden, wenn neue erhebliche Verdachtsgründe zum Vorschein kommen“ (vgl. St. Gallen P. 126).

Diese Bestimmung ist indessen inkorrekt; geradezu eine *contradictio in adjecto*; denn nach gerichtlicher Freisprechung kann die Untersuchung nicht wegen neuer Verdachtsgründe aufgenommen werden. Der Strafanspruch, der geltend gemacht worden ist, ist ein für allemal von der Möglichkeit der Verwirklichung ausgeschlossen. Dennoch ist der Beschluss des Gerichtes ein Urteil, aber ein Urteil, das nicht bestimmt, dass der Angeschuldigte des bezichtigten Vergehens nicht schuldig ist, sondern nur, dass auf Grund des vorgelegenen *Materialies* eine Verurteilung und damit eine Verfolgung unmöglich sei.

Die Konsequenz ist dann allerdings die Freilassung des Angeschuldigten, der aber keineswegs Freigesprochener ist. Als Folgen der gerichtlichen Sistirung der Untersuchung müssen wir bezeichnen:

- a. dass eine Wiederaufnahme der Untersuchung auf Grund derselben Tatsachen unzulässig ist (Thurgau G. G. 86);
- b. dass die Wiederaufnahme aber auf Grund *neuer* Belastungsmomente erfolgen kann, die die Möglichkeit einer Verurteilung *wahrscheinlich* machen (Wallis 193, Freiburg 232, Graubünden 30, St. Gallen P. 126, Thurgau G. G. 87, Genf 194, Baselstadt P. 64, Aargau P. 279);
- c. dass die Wiederaufnahme nur von derjenigen Behörde angeordnet werden kann, die die Sistirung vornahm (Graubünden 30, Solothurn 217, Zug 50, St. Gallen P. 126, Thurgau G. G. 88).

Wie die Mitaußführung von Baselstadt und Thurgau schon andeutet, wird die Einstellung durch die nicht gerichtlichen Kollegia dieser Kantone nach gleichen Grundsätzen behandelt.

II. *Die Sistirung der Untersuchung durch die Staatsanwaltschaft* dagegen ist nichts anderes, als was die Franzosen sehr treffend „*abandon de la poursuite*“ nennen, und als solcher durchaus nicht die allfällige Wiederaufnahme der Verfolgung ausschliessend, selbst nicht auf Grund derselben Tatsachen. Mit Recht verlangen aber die Gesetze, dass auch in diesen Fällen die Wiederaufnahme nur infolge neu entdeckter Tatsachen erfolgen dürfe (vgl. Zürich 777, Aargau P. 279).

Ein *Unschuldsszeugnis* stellen aus Luzern § 41, Schwyz § 54, Glarus § 90, Baselstadt P. § 63, immerhin unter dem Vorbehalt, dass sich die völlige Unschuld des Angeschuldigten ergeben hat.



Schlussbetrachtungen.

Der Verfasser ist überzeugter Anhänger der Rechtsvereinheitlichung, auch auf strafprozessualen Gebiete. Nur die Rechtseinheit allein vermag dem schweizerischen Strafverfahren aus dem hinterwäldlerischen Zustand herauszuhelfen, in dem es sich, der Gesetzgebung nach, mancherorts befindet. Dieser antiquirte Stand des Strafverfolgungswesens ist eben zumeist nicht etwa nur prinzipiellem Konservativismus zuzuschreiben, sondern vielmehr der absoluten, teils allerdings auch nur der vorgeschützten Insuffizienz der kleinen kantonalen Finanzmittel, und gerade darum kann nur die Rechtseinheit, für die dem Bunde schliesslich auch Opfer zugewiesen werden dürfen, aus der Misere des gegenwärtigen Zustandes heraushelfen.

Waren die Hoffnungen des Verfassers auf Verwirklichung seiner Wünsche nicht allzu optimistisch, und glaubte er darum, davon abstrahiren zu müssen, Postulate im Hinblick auf ein eventuell einheitliches Strafverfahren aufzustellen, so hat sich seit dem 28. November 1896 ein Umschwung vollzogen. Scheint auch die Möglichkeit, ein einheitliches Strafprozessrecht zu erhalten, noch in sehr weiter Ferne, so darf man nun, da der Bund die Rechtsvereinheitlichung in die Hand nehmen will, vom Verfasser doch verlangen, dass er Stellung nehme zur Frage eines allfälligen gemeinschweizerischen Strafverfahrens.

Als entschiedener Anhänger des reinen accusatorischen Systems, kann ich mir ein zukünftiges schweizerisches Strafprozessgebilde nicht denken, das nicht voll und ganz die Prinzipien accusatorischer Beweisführung zu verwirklichen strebt. Der Pulsschlag der Zeit treibt mächtig diesem Ziele zu; ein Blick auf die in jüngster Zeit entstandenen Strafprozessgesetze lehrt dies sofort. Ein schweizerisches Strafprozessrecht, das ein Markstein in der Geschichte des Strafprozessrechtes sein will, würdig der hehren Kulturaufgabe unseres Mischvolkes, ein Recht, das die Grundsätze individueller Freiheit, das Recht des Einzelnen auch als Schuldverdächtiger, die Gleichberechtigung aller vor dem Gesetze, verwirklichen will, muss meines Erachtens rein accusatorisch sein, trotz aller, und *wie ich zugeben will, nicht ungerechtfertigten Bedenken*, die vom Standpunkte alter Praktiker dagegen geltend gemacht werden können.

Die Schwierigkeiten, ein einheitliches Strafprozessrecht einzuführen, liegen nicht auf dem Gebiete prinzipialer Meinungsverschiedenheiten über die in einem modernen Strafverfahren anzuwendenden Grundsätze. Auch in den Kantonen mit inquisitorischer Gesetzgebung streicht ein stark accusatorischer Wind, dem es zu verdanken ist, dass Postulate, die dem Inquisitionsprozesse absolut fremd sind, *in*

der Praxis ihre Verwirklichung finden, wie ich wiederholt betonte und nochmals betone. Darüber, dass der Angeschuldigte, auch als solcher, immer noch ein zu respektirendes Rechtssubjekt ist und nur *notgedrungen* seiner individuellen Rechte beraubt werden darf, dürfte heute kaum mehr eine ernsthaft zu nehmende Meinungsverschiedenheit bestehen. Die Schwierigkeiten liegen mehr auf organisatorischem Gebiete. Wie untersucht wird, wie prozedirt wird, zumal in Strafsachen, das mag dem Volke gleichgültig sein, wenn nur nicht an alten Beamteninstitutionen gerüttelt wird, und namentlich, wenn nur die Neuerung nichts kostet. Die kantonale Souveränität verlangt Einstellung kantonalen Staatsanwaltschaften, kantonalen Untersuchungsbeamten, kantonalen Polizeiorgane, verlangt Beibehaltung kantonalen Obergerichte auch in Miniaturländchen, verlangt mit einem Worte die Erhaltung eines kantonalen Beamtenorganismus, der für einen kleinen Kanton zu gross und zu kostspielig ist, weil er nicht ausgenützt werden kann. Und zu den alten sollen noch neue Beamten kommen!

Kaum wird sich eine andere Lösung finden lassen, als indem der Bund die kleinen Kantone für die Aufstellung des durch die allfällige Einführung eidgenössischer Gesetzgebung nötig werdenden und für weit grössere Verhältnisse berechneten Organismus entschädigt. Zum guten Glück sind wir Schweizer schon dermassen an die Subventionenwirtschaft gewöhnt, dass unser sonst leicht verletzbares kantonales Ehrgefühl an dem Empfang solcher Unterstützungen keinen Anstoss mehr nimmt.

Es würde somit der Bund die Normalien für die Organisation der Verfolgung und Rechtsprechung in Strafsachen aufstellen, die Aufstellung bestimmter Organe vorschreiben und indirekt bezahlen, die Wahl derselben aber den Kantonen überlassen. Unberührt bleiben könnte vielleicht auch die Frage der Zusammensetzung der Gerichte, ob Schwurgerichte oder ständige Gerichte, denn die Prinzipien des Verfahrens müssen vor allen Gerichten dieselben sein.

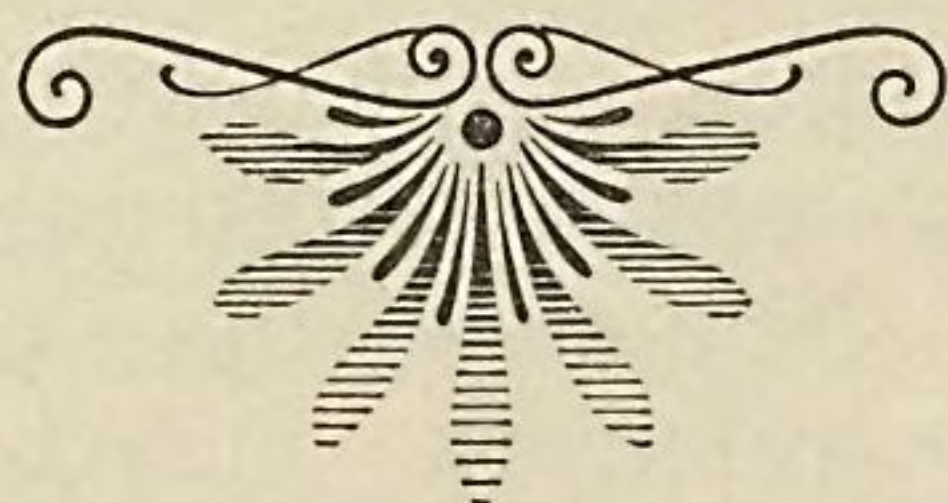
Was die Postulate für die Führung der Untersuchung insbesondere anbetrifft, so sind es in der Hauptsache folgende:

1. Die Strafverfolgung wird absolut von der Rechtsprechung getrennt und der gerichtlichen Polizei zugewiesen.
2. Die Hauptorgane der gerichtlichen Polizei sind — von den untersten Organen abgesehen — die Bezirks-Untersuchungsbeamten und die Staatsanwaltschaft; letztere ist der Chef der gerichtlichen Polizei.
3. Die Bezirks-Untersuchungsbeamten (Statthalter, Bezirksamman etc.) führen die Untersuchung in allen Fällen durch; die Staatsanwaltschaft bildet das Oberaufsichts- und Unterstützungsorgan, analog dem *juge d'instruction* von Waadt (vgl. § 14, IV.).
4. Die Führer der Untersuchung vertreten zugleich die Anklage in allen Fällen, die nicht direkt an die oberste kantonale Instanz gewiesen sind.

5. Untersuchungsbeamte, wie Staatsanwaltschaft, sind, weil in erster Linie die staatlichen Verfolgungsinteressen wahrend, Partei. Alle Handlungen (z. B. Verhaftung, Beschlagnahme etc.), welche die Garantie richtiger Unparteilichkeit verlangen, sind vom Richter, dem Bezirksgerichtspräsidenten, vorzunehmen.
6. Die Verhandlungen vor dem *Richter* sind öffentlich und kontradiktorisch.
7. Der Angeschuldigte hat das Recht, zu allen Verhandlungen einen Rechtsbeistand beizuziehen, und im Falle der Bedürftigkeit Anspruch auf amtliche Verteidigung in allen Fällen.
8. Der Angeschuldigte darf in Abwesenheit des Verteidigers nur dann verhört werden, wenn er ausdrücklich zu Protokoll auf dessen Beizug verzichtet hat.
9. Alle Verhöre von Zeugen und Sachverständigen sind dem Angeschuldigten oder dem Verteidiger zugänglich und auf Verlangen der Parteien kontradiktorisch.
10. Die Verhängung des Sicherheitsverhaftes ist nur dann zulässig, wenn alle andern Mittel, den Zweck des Strafverfahrens zu sichern, dem Richter unzulänglich erscheinen. Der Verhaftung hat eine kontradiktorische Parteiverhandlung voraus zu gehen.
11. Die Erhebung der Anklage geschieht formlos durch Einreichung der Anklageschrift seitens des Untersuchungsbeamten resp. der Staatsanwaltschaft. Nur wenn die Verteidigung gegen die Erhebung der Anklage rekurriert, entscheidet über die *Zulassung* derselben, auf Grund öffentlicher und kontradiktorischer Verhandlungen, ein Rekursgericht.
12. Jeder der Haft Entlassene hat, wenn ein Strafanspruch gegen ihn nicht gerichtlich festgestellt wurde, einen vom Zivilgericht zu beurteilenden Anspruch auf Ersatz des ihm erwachsenen materiellen Schadens. Die Haftentlassung, wie die Leistung der Entschädigung ist durch die amtlichen Publikationsorgane bekannt zu geben.

Die so eingerichtete Untersuchung verdiente allerdings diesen Namen nicht mehr. Sie ist einfach ein Ermittlungsverfahren zu handen der Anklageorgane, um ihnen Gelegenheit zu geben, sich darüber schlüssig zu machen, ob sie gegen eine bestimmte Person Klage erheben wollen oder nicht. An sich ist dieses Verfahren geheim, die Ermittlungen geschehen so lange ohne Vorwissen der bedrohten Person, als nicht deren Verhalten das Vorgehen mittelst Zwanges gegen sie notwendig macht. Mit diesem Momente muss aber der Schleier fallen. Die Anwendung des Zwanges bedingt eine Ausserachtsetzung der persönlichen Rechte der betroffenen Person, und dagegen soll und muss sie sich wehren können, einmal, weil die Gefahr immer noch sehr nahe liegt, dass diese Person unschuldig ist, und anderseits, weil nur die Gewährung freier Verteidigung an die auch schuldige Person ein unparteiisches und korrektes Vorgehen gegen dieselbe garantirt.

Sind auch diese Garantien etwas kostspielige, und, wie der krasse Volksegoismus urteilt, gegenüber einem Verbrecher eigentlich doch höchst überflüssige, so ist doch das Prestige der Unparteilichkeit, das das accusatorische Verfahren umkleidet — man denke an England — ein so eminenter Hort der individuellen Rechtssicherheit, des Vertrauens in die Rechtsprechung, dass ein Volk, zumal ein Volk, das sich mit Stolz ein freies nennt, keine Mittel scheuen darf, diesen Nimbus der absoluten Unparteilichkeit seiner Rechtsprechung zu sichern. Damit schafft sich dieses Volk ein starkes Bollwerk des Vertrauens des einzelnen Bürgers auf die staatliche Kraft und den durch den Staat gewährleisteten Rechtsschutz, das unerschütterlich ist. Dieses Vertrauen auf unbeugsames Recht, auf Gerechtigkeit, die auch der Aermste findet, ist aber, wie der Hort des einzelnen Rechtssubjektes, zugleich das Palladium nationaler Freiheit und Selbständigkeit, denn mit der gesunden Entwicklung der bürgerlichen Freiheit nach innen ermöglicht es auch die Erstarkung eines starken und selbstvertrauenden Freiheitsgeistes nach aussen.



Danksagung.

Herrn Prof. *Zürcher* in Zürich, der mir nicht nur während der Ausarbeitung vorstehender Abhandlung mit Rat und Tat, sowie mit Litteraturnachweisen trefflich zur Seite stand, sondern mir nachher, insbesondere während meines Militärdienstes, durch Mit-Korrektur der Druckbogen unschätzbare Dienste leistete, spreche ich an dieser Stelle meinen wärmsten Dank aus.

Oktober 1897.

Der Verfasser.



FRITZ GÄHR Buchbinder
F. X. Beer Nachfolger
MÜNCHEN
Löwengrube 17.



Kritische und vergleichende Darstellung der Strafverfolgung und
Voruntersuchung nach den kantonalen Gerichtsorganisationen und
Strafprozessordnungen im Entwurf vom schweizerischen Juristenverein im
September 1896 preisgekrönt

Herisau 1897

Crim. 177 st

urn:nbn:de:bvb:12-bsb11804519-6